

Análisis, interrogantes y recomendaciones sobre la Ley de contrataciones administrativas del sector público de Nicaragua

Juan Bautista Arrién Somarriba

Profesor Titular Universidad Centroamericana, Nicaragua
arrienso@yahoo.com.mx

Fecha de recibido: 13 de mayo de 2014 / Fecha de aprobación: 28 de agosto 2014

Resumen

A poco más de tres años de haber entrado en vigencia la Ley No. 737, Ley de contrataciones administrativas del Sector Público, es un momento oportuno, para realizar desde la academia, una evaluación teórica sobre su contenido, pero sobre todo de su aplicación, haciendo énfasis en algunos de los problemas más comunes que han enfrentado las principales entidades, tanto públicas como privadas, sujetas a la regulación de esta normativa. Para lograr esta finalidad se presenta un análisis detallado, de varios de los puntos que la integran, partiendo de sus definiciones, principios, objeto, materias excluidas, los sujetos contractuales, sus derechos, órganos rectores y de ejecución, los procedimientos de compras, especialmente el de licitación pública, las garantías contractuales y los recursos administrativos para el control de las compras públicas.

Palabras clave

Administración Pública / contrataciones administrativas / garantías contractuales / licitación pública / procedimiento de compra / recursos administrativos

Abstract

Law 737 on Public Procurement was enacted a little over three years ago. Thus, it would only be appropriate to conduct a theoretical evaluation of its content from an academic perspective, with particular emphasis on some common problems faced by the main public and private entities subject to the law's implementing regulations. Therefore, a detailed analysis is provided of the rules that make up the body of the law, including definitions, principles, object, excluded matters, contractual parties, their rights, governing and implementing bodies, especially as regards public tendering, contracting guarantees and administrative resources to control public procurement.

Key words

Public administration / public procurement / contracting guarantees / public tendering / procurement procedures / administrative resources

Tabla de contenido

Introducción; 1. Definiciones y principios regulados por la Ley No. 737 de contrataciones administrativas del sector público y su reglamento; 2. Objeto de la ley 737 y materias excluidas; 3. Los sujetos contractuales en las compras públicas; 3. 1 Los derechos de los sujetos contractuales; 4. Órganos rectores y de ejecución de las contrataciones administrativas; 5. Procedimientos de compra, especial referencia a la licitación pública; 5.1 Requisitos previos al inicio de la contratación (etapa de preparación); 5.2 La convocatoria; 5.3 Presentación de la oferta; 5.4 Apertura y evaluación de las ofertas; 5.5 Dictamen de recomendación de adjudicación; 5.6 Resolución de adjudicación; 5.7 Re adjudicación; 5.8 Formalización del contrato administrativo; 5.9 La ejecución contractual; 6. Las compras menores; 6.1 Trámites para realizar las compras menores; 7. El sistema de garantías contractuales; 8. Los recursos administrativos en la ley 737 y su reglamento; 9. Conclusiones. Referencias Bibliográficas

Introducción

Las contrataciones administrativas representan, en cualquier país, una herramienta fundamental para el funcionamiento de las entidades públicas, al contar con los materiales e insumos para el ejercicio de sus competencias en pro de la satisfacción de las necesidades colectivas, de ahí, que en mi opinión podríamos deducir su íntima relación con la noción general de los servicios públicos.

Su importancia se magnifica cuando las visualizamos como una actividad pública que permite dinamizar la economía y el desarrollo productivo del país, por ejemplo al construirse una obra pública, como una carretera, un puente, un puerto, un edificio público, se generan puestos de trabajo, se adquieren un sin número de materiales de construcción, se realizan subcontrataciones, en fin se ponen a andar diversos medios productivos, empresariales y humanos, cuyo producto mejorará de forma significativa la realidad de una comunidad, una ciudad, un Municipio.

En Nicaragua, la regulación legislativa de las contrataciones administrativas es realmente muy reciente, encontramos una Ley de 1981, Ley de contrataciones administrativas del Estado, entes descentralizados o autónomos y municipalidades, aprobada mediante Decreto No. 809, publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 202 de 7 de septiembre de 1981, reglamentado el año de 1991. Dichas normativas, lógicamente respondían al momento histórico que vivía el país, en una situación de guerra y bloqueo económico, con una Administración altamente centralizada, que obligaba a realizar adquisiciones de forma directa, sin posibilidad de realizar grandes inversiones y obras públicas.

Como consecuencia de los cambios políticos de inicios de los noventa, la transición hacía una profunda descentralización administrativa, la reforma constitucional de 1995, el amplio proceso de aprobación de nuevas normas de carácter administrativo, a nivel central y municipal, producto del impulso de los cambios económicos mundiales, el avance significativo de la globalización, la ejecución de las políticas sociales, económicas e institucionales impuestas por las entidades financieras multilaterales, entre otras situaciones, es que se aprueba una nueva normativa de contrataciones del Estado en el año 2000, me refiero a la Ley No. 323, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 001 y 002 del 3 y 4 de enero del 2000 que fue reglamentada unos meses después.

Durante la aplicación de la ley 323 y su reglamento se lograron grandes adelantos, por ejemplo, la tramitación de procedimientos de adquisición debidamente regulados, en base a principios de igualdad, libre competencia, publicidad, transparencia, entre otros. Además, inicia la implementación del sistema electrónico de contrataciones administrativas (SISCAE), se regulan medios de control interno y externos de las compras públicas, entre otros significativos avances.

Lógicamente, también, existieron agujeros negros, aspectos negativos y conflictivos en su implementación, sobre todo en la confusión generalizada entre las contrataciones directas y las materias excluidas, la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en las mismas, que pudieron generar ciertas discrecionalidades y problemas prácticos.

Para algunos era una normativa bastante sencilla, fácil de aplicar, que posiblemente sólo necesitaba una reforma parcial para ajustarse a los adelantos tecnológicos, a los nuevos sistemas y experiencias de compras, como las corporativas y los acuerdos marco, mientras que para otros ya era necesario reformarla totalmente en pro de una norma que se adecuara al ritmo acelerado de las inversiones y compras públicas, así como a la globalización de la economía y el acercamiento más acelerado entre proveedores y el sector público.

Al parecer, primó la segunda opción, por lo que dicha normativa fue reformada totalmente en el año 2010, mediante la aprobación de la Ley No. 737, Ley de contrataciones administrativas del Sector Público, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 213 y 214 del 8 y 9 de noviembre del 2010, a nivel central, reglamentada mediante el Decreto Ejecutivo No. 75 – 2010, publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 239 y 240, del 15 y 16 de diciembre del 2010; modificado mediante el Decreto No. 22 – 2013, de reformas y adiciones al Decreto No. 75 – 2010, Reglamento General de la Ley No. 737, Ley de contrataciones administrativas del Sector Público, publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 119, del 27 de junio del año 2013.

Mientras, que a nivel municipal, se aprobó la Ley No. 622, Ley de contrataciones administrativas municipales, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 119 del 25 de junio del 2007, con su respectivo reglamento. Esta última ley, ya ha sido reformada por la Ley No. 801, publicada en La Gaceta, Diario oficial No. 192, del 9 de octubre del 2012, reglamentada mediante Decreto 08 – 2013, publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 24, de 7 de febrero del año 2013.

En el presente artículo trataré de analizar los principales puntos de la nueva ley de contrataciones del Sector Público (Ley No. 737) y su reglamento, pretendiendo abordar algunos nudos o centros neurálgicos que podrían estar ocasionando ciertos problemas de aplicación dentro de las entidades públicas, movido por un afán propositivo, crítico, constructivo e incluso tratando de promover la apertura de una discusión técnico - académica, con la finalidad de hacer un modesto aporte en pro de la implementación, modernización y desarrollo del sistema de compras públicas en nuestro país.

I. Definiciones y principios regulados por la Ley No. 737 de contrataciones administrativas del Sector Público y su reglamento

Me parece una adecuada técnica legislativa que tanto la Ley No. 737 como su reglamento comiencen con una serie de definiciones y términos, que resultan novedosos, de gran utilidad y aplicación práctica, por ejemplo, “compra pública sostenible, acuerdos marco, compra corporativa, ofertas alternativas, subasta a la baja”, entre otros. También, se regulan términos clásicos de la contratación administrativa, “actos de autoridad, licitación, mejor oferta, precio ruinoso, contrato interadministrativo”, los cuales conviene tener presente aún y cuando son tan comunes en esta materia, siempre en pro de evitar las consecuencias de conceptos jurídicos indeterminados.

Según Talavera Pastora (2011, p. 15) “Respecto a la definición de contrato administrativo, aunque es bastante completa, no regula claramente la finalidad pública de este tipo de contrato, es decir qué se persigue, lo que nos hubiese llevado a aspectos propios del interés y el orden público”.

Así mismo, creo que se perdió una oportunidad para definir otros términos de igual importancia, como puede ser “la adjudicación, el acto de trámite, la oferta”. Además, se sigue manteniendo en toda la normativa de contrataciones la utilización indiscriminada de los términos “proceso” y “procedimiento”, los cuales en estricto derecho no son lo mismo.

Por otro lado, pasando ahora al mundo de los principios que rigen las compras estatales, tal y como lo afirman los profesores Karlos Navarro, Rodríguez Arana, Moreno Molina y Jinesta Lobo (2011) si hubiera que elegir un sector concreto del Derecho Administrativo para explicar el sentido de los principios generales en su conformación, ese sector bien podría ser el de la contratación administrativa. Por muchas razones, pero sobre todo porque se puede afirmar

sin riesgo a equivocarse que en esta materia los principios de igualdad de trato, de transparencia, de objetividad, de imparcialidad, o de equidad han sido los que han hecho posible la elaboración de las normas relativas a las compras públicas para instaurar un verdadero Derecho Administrativo global de la contratación pública.

Así mismo, Moreno Molina (2008, p. 108) sostiene que debe insistirse en el decisivo papel que desarrollan hoy los principios generales de la contratación pública en la aplicación e interpretación del Derecho de los contratos... Estos principios, son en nuestros días el fundamento de toda la normativa pública sobre contratación y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales.

Entrando en la materia de los principios que rigen esta nueva normativa nicaragüense, se debe reconocer que han sido ampliados significativamente, por ejemplo, se hace referencia “al principio de vigencia tecnológica, el debido proceso, el de control y el de integridad”, mientras que la regulación de los principios de eficiencia, publicidad, transparencia, igualdad y libre competencia, se mantienen casi igual a como estaban en la ley 323.

Respecto, al principio de vigencia tecnológica, realmente el legislador se está refiriendo al clásico principio de adaptabilidad, es decir lo que se vaya a adquirir debe adecuarse a los adelantos técnicos e informáticos. Hubiese sido muy positivo, que en la regulación de este principio se hubiese hecho referencia a la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (Tics) en las compras públicas, es decir la posibilidad de modernizar y agilizar los procedimientos de compra, mediante la ejecución de notificaciones electrónicas, el envío de ofertas por correo electrónico, la apertura de ofertas por medio de teleconferencias, en fin revolucionar la relación jurídica contractual mediante medios informáticos, pensando en la idea macro de un *e - government*, e - administración o ciber administración. Si bien la ley 737 en su art. 26 regula muchos de estos aspectos, me parece que el principio que le hubiese servido de base jurídica para su desarrollo, se quedó corto.

Los efectos que sobre la gestión pública en general y la contratación administrativa en particular puede producir la utilización masiva y ordenada de los medios y formas tecnológicas pueden ser ciertamente “revolucionarios”, así como en la prestación de servicios y en la ordenación de las relaciones de los ciudadanos con las Administraciones Públicas (Palomar Olmeda, 2006, p. 130).

Es una realidad que en comparación con el sistema tradicional de compras públicas en soporte papel, los procedimientos de adquisiciones son más transparentes, más abiertos al diálogo con los contratistas, mucho más eficaces y baratos utilizando medios electrónicos en las relaciones contractuales con la Administración, produciéndose una ampliación en la competencia, en la transparencia, en el ahorro de tiempo y dinero (Gallego, 2005).

Por otro lado, ha sido una normativa común en las contrataciones administrativas, que los organismos y entidades del Sector Público deban planificar, programar, organizar, desarrollar y supervisar las actividades de adquisición que realicen, de modo que sus necesidades se satisfagan en el tiempo oportuno y en las mejores condiciones de costo y calidad, fomentándose así el principio de eficiencia.

En relación a los principios de publicidad y transparencia son fundamentales en toda adquisición estatal, al permitir el acceso y la disponibilidad de la información sobre las contrataciones administrativas, convirtiéndose en un sistema de rendición de cuentas y de control social que puede generar altos grados de confianza ciudadana - empresarial hacia las políticas públicas de inversión, presupuestarias y de compras gubernamentales.

Zack Pablo (2012) citando a Carlos Delpiazzi sostiene que el principio de transparencia implica que el actuar de la Administración se deje ver como a través de un cristal, constituyendo una extensión del principio de publicidad, el cual supone una posición activa de la Administración, mientras que el de transparencia se enfoca en permitir que el poder público y su accionar se encuentren a la vista de todos, sin velos ni secretos, en una situación tanto pasiva como activa, dejar ver y mostrar.

Para Dayra Valle (2012) la transparencia, se presenta como un eje fundamental para conocer las acciones y decisiones que la Administración Pública realiza como contratante o comprador, en cuanto a qué, cómo, por qué, con qué y a quién le compra, convirtiéndose en un insumo al ciudadano para valorar la gestión pública, el uso del patrimonio y de las partidas presupuestarias del Estado.

He afirmado en otra ocasión que la utilización, implementación e incidencia del sistema de contrataciones administrativas electrónicas (SIS-CAE), es decir, del portal de compras (www.nicaraguacompra.gob.ni) en pro de la eficiencia administrativa para llevar a cabo las adquisiciones, con agilidad, celeridad, y sobre todo cumpliendo con los principios

de publicidad y transparencia, lo convierten en la principal herramienta para implementar y fortalecer dichos principios (Arrién, 2012, p. 9).

No se puede olvidar que en los procedimientos de contratación administrativa se deberían incluir regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, libre, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de proveedores potenciales, bajo condiciones de igualdad.

Respecto al principio de control, habría que señalar que la actividad de las contrataciones es fiscalizada por la Contraloría General de la República y el control jurisdiccional es ejercido por el Poder Judicial. Sobre este último punto, el numeral 1 del artículo 15 de la Ley No. 350, Reguladora de la Jurisdicción de lo Contencioso – Administrativo de la República de Nicaragua, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 140 y 141, del 25 y 26 de julio del año 2000, sostiene que la Jurisdicción de lo contencioso - administrativo también conocerá los aspectos siguientes: 1. Los asuntos referentes a la preparación, adjudicación, cumplimiento, interpretación, validez, resolución y efectos de los contratos administrativos celebrados por la Administración Pública, especialmente cuando tuvieren por finalidad el interés público, la prestación de servicios públicos o la realización de obras públicas.

Por su parte, el debido proceso implicará que las personas, naturales o jurídicas, que participen en el procedimiento de contratación administrativa, lo harán en igualdad de condiciones, dispondrán del tiempo y los medios necesarios para su defensa y podrán formular los recursos y peticiones regulados en la Ley 737 y su reglamento.

Finalmente, el principio de integridad estipula que los actos referidos a las contrataciones administrativas deben caracterizarse por la honradez, veracidad, intangibilidad, justicia, imparcialidad y probidad. El Sector Público y proveedores deben observar normas éticas y evitar prácticas corruptas y fraudulentas en los procedimientos de contratación administrativa.

2. Objeto de la ley 737 y materias excluidas

El art. 1 de la ley 737, señala de forma muy clara y precisa, que tiene por objeto establecer el régimen jurídico, sustantivo y procedimental, aplicable a la preparación, adjudicación, ejecución y extinción de las contrataciones administrativas, celebradas por los organismos y entidades que forman parte del Sector Público.

Es una ley de orden público y las partes que intervienen no podrán alterar los procedimientos ni renunciar a los derechos establecidos.

En cuanto a las materias excluidas, el art. 5 de la misma ley regula una serie de contratos públicos, a los cuales no se les aplicará dicha normativa, porque lógicamente tienen sus propias regulaciones, así por ejemplo: a. Los contratos internacionales celebrados por el Poder Ejecutivo y que requieran aprobación de la Asamblea Nacional, b. Las licencias o concesiones administrativas, c. Los contratos de empleo público, d. Las operaciones bursátiles, e. La contratación con fondos internacionales (mediante donaciones o créditos de Estados extranjeros y organizaciones internacionales), f. Las contrataciones en el extranjero, g. Servicios públicos, h. Las contrataciones municipales, entre otras.

Como se puede apreciar, la ley 737 ha logrado vencer aquella confusión que había en la ley 323 de contrataciones del Estado, entre materias excluidas y las que popularmente denominábamos como contrataciones directas o con exclusión de procedimientos, en cuanto estaban reguladas al mismo tiempo, en el mismo artículo que las materias excluidas. Hoy con la nueva ley se ha establecido una especie de diferenciación entre ambas figuras, en cuanto a que son excluidas porque se aplica su propia legislación, no así la ley 737 ni su reglamento, y serán directas, término que no existe en dicha normativa, porque se le permite al sector público en determinadas condiciones o en base a ciertas causales contratar directamente obviando procedimientos de competencia, es decir con exclusión de procedimientos.

Como he señalado en el párrafo anterior, las contrataciones directas o con exclusión de procedimientos, no aparecen reguladas en la ley 737, como materias excluidas, incluso dicha terminología no existe, lo más cercano a las mismas son las contrataciones simplificadas, las cuales constituyen un procedimiento más de compra (art. 27 de la ley 737) sin importar monto, que le permiten a las entidades públicas de forma excepcional, invitar a uno o más proveedores a celebrar contratos administrativos, pero bajo condiciones de mercado, señalándose la necesidad de motivar la utilización de este procedimiento, de publicitarlo en el portal único de contratación, siempre en casos específicos (regulados en el art. 58 de la ley 737) y fijándose la responsabilidad de la misma en la máxima autoridad contractual y los funcionarios que participasen en ella.

Resulta muy positivo que en la ley 737, se hayan definido ciertos conceptos jurídicos indeterminados, por ejemplo el de urgencia (inciso s, art. 2 del reglamento de la ley 737), o situación de emergencia (art. 151 del mismo reglamento), que

se utilizaban en este tipo de contratación y que habían convertido estos casos excepcionales de adquisición en verdaderas reglas generales. Así mismo, con la ley 737 se han estipulado normas más claras para su tramitación, pero al hacer una lectura detallada del art. 58 de dicha normativa y de los artículos 146 al 152 de su reglamento, nos daremos cuenta que aún persisten otros conceptos jurídicos indeterminados (orden, seguridad pública, integridad) para las compras simplificadas de ciertas entidades públicas, que podrían ir en detrimento de los adelantos conseguidos.

Además, se detectan ciertas contradicciones entre la ley y su reglamento en esta materia, por ejemplo, vemos que el cuarto párrafo del art. 146 del reglamento exceptúa la publicación de los contratos efectuados mediante fondos de caja chica en el portal único de contrataciones, pero en el art. 58 penúltimo párrafo de la ley 737 no aparece dicha excepción, por lo que al primar la ley y en base al estricto principio de legalidad y sobre todo de jerarquía, esto sería incorrecto, a menos que se aplicase una normativa distinta a la de contrataciones, lo cual justificaría dicha excepción.

3. Los sujetos contractuales en las compras públicas

La relación jurídica tradicional en las contrataciones administrativas es de carácter bilateral, desarrollándose entre un contratante y un contratista. El sector público o Administración Pública, integrado por una serie de entidades administrativas reguladas en el art. 3 de la ley 737, es el principal adquirente, mientras que las personas naturales o jurídicas, que cumplan los requisitos del art. 17 de dicha normativa y que no estén inmersos en las prohibiciones de su art. 18, se convierten en los posibles oferentes y luego en el contratista (as).

Así, para contratar con organismo o entidades del sector público, cualquiera que sea el procedimiento de contratación, los oferentes deberán cumplir los siguientes requisitos: a. Tener capacidad para obligarse y contratar, conforme al derecho común; b. No estar incurso en ninguna situación de prohibición o inhibición; c. No encontrarse en convocatoria de acreedores, quiebra o liquidación; d. No encontrarse en interdicción judicial; e. Estar registrado en el registro de proveedores.

Según el art. 17 de la ley 737, estos requisitos se aplican a todo procedimiento de contratación, lo que en realidad no es del todo correcto, porque en base al art. 11 de la misma normativa, en las contrataciones simplificadas, no es necesario el registro del proveedor. Por otro lado, según el art. 40 del reglamento de la ley 737,

para comprobar el segundo, tercer y cuarto requisito señalado en el párrafo anterior, se deberá presentar *prueba documental o declaración notarial*, mientras que en el último será necesario el *certificado de proveedor*, el cual se tramita y renueva de forma electrónica, tiene validez de un año, puede renovarse 15 días antes de vencer dicho plazo, o posteriormente según el art. 22 del mismo reglamento.

En este último punto, cabría preguntarse, ¿Podría invitarse a participar en una licitación selectiva al oferente que no tiene renovado su certificado y por lo tanto esta vencido?, ¿podría presentar su oferta sin el certificado de proveedor?

No sería conveniente invitar al oferente con esas condiciones, que se reflejarían en el registro respectivo, pero en base a la parte final del art. 70 del reglamento de la ley 737, no es impedimento para la participación en el procedimiento (de licitación selectiva) el no haber sido invitado, por lo que nada le impediría presentar su oferta, al tener acceso a la invitación en el portal único de contratación, otra cosa es que se le adjudique el contrato.

Al respecto, si se consulta el art. 104 del reglamento de la ley 737, parte del contenido mínimo de la oferta, lo constituyen los documentos que acreditan su elegibilidad (el certificado de proveedor), pero si durante el plazo de presentación de oferta (30 días en la licitación pública, según el art. 36 de la ley 737, no menor de 7 hábiles en las licitaciones selectivas, art. 56 de la misma normativa) el oferente lograra renovar y obtener su certificado, no vería inconveniente para que presente su oferta o lo presente aún y cuando ya hubiese interpuesto su oferta, el problema se daría cuando dicho plazo culmine, porque en ese momento toda oferta recibida sería devuelta (art. 36 ley 737) y lógicamente no podría recibirse otra documentación. Además, en base al principio de subsanabilidad regulado por el art. 43 de la misma ley 737, no podrán rechazarse ofertas por la ausencia de requisitos o documentos que verifiquen las condiciones del proponente. Esta es una apreciación personal en un caso práctico concreto, que dejo abierto a discusión.

Cierro este punto, dedicado a los sujetos contractuales, con dudas sobre la redacción del inciso 6 del art. 3 de la ley 737, que nos describe la aplicación de dicha normativa en el sector público empresarial. Transcribo la parte inicial de dicho inciso:

“Para efectos de aplicación de la presente Ley, se entiende por Sector Público o Administración Pública: Las empresas del Estado, salvo cuando estén en situación de competencia. En este último caso, estarán sujetos

a la presente Ley los procesos de contratación vinculados únicamente a tareas propias de la actividad de administración de las mismas, comunes a cualquier organización. En cuanto a la contratación relativa al desarrollo de su objeto social o a las tareas conexas a la misma, esto es las que tengan relación de medio a fin con las actividades principales del objeto social, se contratarán de conformidad con el derecho privado, respetando en todo caso el principio de transparencia”.

Me queda claro que las empresas del Estado son parte del Sector público y por lo tanto tienen que aplicar dicha normativa, pero cuando estén en situación de competencia esa regla cambia, entrando al campo del derecho privado, lo cual no me queda del todo claro, es decir sus compras internas para llevar a cabo su actividad de administración, se harán aplicando la ley 737, pero las relativas a su objeto social o tareas conexas en base al derecho privado. No sé si mi noción eminentemente administrativista no me deja ir más allá, pero aún no le encuentro el sentido práctico a dicho artículo, el cual siento que es confuso y nos podría colocar en una frontera o límite difícil de establecer.

3.1. Los derechos de los sujetos contractuales

La entidad contratante tendrá los derechos contractuales que resulten del contrato administrativo suscrito, así como las cláusulas o prerrogativas exorbitantes expuestas en el art. 71 de la ley 737, entre las que sobresalen:

La potestad para modificar unilateralmente el contrato por razones de interés público; sin perjuicio de la renegociación del contrato, la terminación anticipada del mismo o del pago de las indemnizaciones que correspondan al contratista particular en caso que la modificación efectuada al contrato haya alterado la ecuación financiera o equilibrio original del contrato.

Según Fernández Astudillo (2002, p. 346):

La potestad de modificar unilateralmente el objeto de los contratos conocida como *ius variandi*, constituye sin duda la más importante de las prerrogativas de que gozan las Administraciones Públicas en los contratos administrativos y una de las más claras manifestaciones de las especialidades que presentan los contratos que celebran las Administraciones en relación con los contratos civiles en los que la regla general es la inmutabilidad del contrato.

Se trata de un poder para adaptar los contratos ya perfeccionados a nuevas necesidades, cuya justificación radica en la mejor gestión del interés público y en la prevalencia del fin sobre el objeto de los contratos administrativos. Además, ha de tener como contrapartida necesaria en garantía del contratista, la compensación adecuada para el mantenimiento del equilibrio del contrato. En efecto, de acuerdo al principio del riesgo y ventura (el contratista asume las posibles pérdidas o ganancias que respecto al presupuesto previsto se deriven de la ejecución del contrato) no significa que el contratista haya de asumir las alteraciones en el precio debidas al ejercicio por la Administración del *ius variandi* (Valle, Arrién y Navarro, 2011).

Ampliar unilateralmente los contratos sin exceder en un veinte por ciento (20%) del valor del contrato original, siempre que éstas obedezcan a situaciones de naturaleza imprevisible al momento de la suscripción del mismo y que sea la única forma de satisfacer plenamente el interés público, sin perjuicio de las modificaciones que deban efectuarse para preservar la ecuación financiera o equilibrio original del contrato. Los contratos de consultoría solamente podrán ser ampliados en lo relativo a plazo.

Me llama la atención el bajo nivel porcentual que regula este inciso, sobre todo cuando el reglamento de la ley 323, de contrataciones del Estado, hoy derogado, en su art. 136, establecía hasta un 50 %. Así mismo, me parece un contrasentido poder ampliar el plazo de las consultorías, pero no el monto, significaría trabajar más tiempo con los mismos honorarios, aun cuando las condiciones paralelas o externas a la consultoría pudiesen alterarse significativamente. Habría que esperar un tiempo prudencial de aplicación de la ley 737 y su reglamento, para volver en un análisis más profundo y de carácter práctico sobre estos puntos, siempre abierto a discusión.

Suspender o resolver el contrato por razones de interés público, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan al contratista particular si hubiere mérito.

Lógicamente, suspender o resolver, no son la misma cosa, ni tienen los mismos efectos, porque la resolución del contrato puede llevarnos a la culminación o terminación del mismo con un carácter definitivo, mientras que la suspensión tiene un efecto temporal.

Resulta confuso que el art. 71 de la ley 737, al regular la causal de la resolución del contrato establezca razones de interés público, mientras que al consultar el reglamento de dicha normativa en busca del procedimiento a tramitar, se establezca en su art. 241 el incumplimiento contractual como causal para tal fin, originándose una clara contradicción normativa, en la que si bien prima la ley, el procedimiento estaría en el reglamento, en base a una causal distinta a la establecida en la misma, ¿cómo se resolvería esto?

Respecto a la suspensión contractual el art. 51 de la ley 737 sostiene que si durante el desarrollo del procedimiento de contratación administrativa se suscitan situaciones de caso fortuito o fuerza mayor que impidan el normal desarrollo del procedimiento cuya solución pueda ser superada dentro de un plazo prudencial que no sea superior a treinta días calendarios y que no afecte el monto y objeto de la contratación, la entidad contratante podrá mediante resolución motivada *suspender* el procedimiento de contratación administrativa, indicando expresamente el plazo de suspensión y las razones que lo motivan, pudiendo reiniciar el procedimiento de la contratación.

Si las circunstancias acontecidas por cualquiera de estas causas no pudiesen ser resueltas con la prontitud requerida dada la naturaleza de la contratación, la entidad deberá *cancelar* la misma, motivando mediante resolución administrativa tal circunstancia. En ambos casos, no implica responsabilidad alguna para la entidad u organismo contratante. Esta resolución deberá ser notificada a los oferentes y publicarse en el portal único de contratación del órgano rector.

Resulta llamativo que “suspender el contrato” sea considerado una prerrogativa del Estado por la ley 737, mientras que no se diga nada respecto a la “cancelación”.

Por otro lado, tomando en cuenta la redacción del art. 51 de la ley 737, cabe preguntarse ¿Se podría cancelar un procedimiento de licitación sin necesidad de suspenderlo de forma previa?, pero además ¿Podría cancelarse otro tipo de procedimiento, que no fuese licitación?, pregunto esto porque dicho artículo se refiere sólo a licitaciones, me parece que esto, sólo sería posible si lo aplicásemos como supletorio, en base al art. 84 del reglamento de la ley 737, a la regulación de compras menores o contrataciones simplificadas. Respecto a la primera inquietud, confieso no tener un criterio técnico – institucional en el cual apoyarme para responder, pero considero que pueden suceder hechos que no concuerden con las causales expuestas en el primer párrafo del art. 51 de la ley 737, que po-

drían obligar a cancelar, sin necesidad de suspender de forma previa, por ejemplo, una afectación grave al monto o al objeto de la contratación.

La potestad para rescindir el contrato por incumplimiento del contratista particular de una condición esencial del mismo.

Al respecto, el art. 242 del reglamento de la ley 737, establece como causal de rescisión, motivos de caso fortuito o fuerza mayor, aún y cuando el art. 71 de dicha ley, regula el incumplimiento como causal, lo cual nos genera otra contradicción.

Así mismo, el art. 242 señalado, establece que en contra de la resolución de rescisión caben los recursos administrativos regulados por la ley en contra de los actos administrativos, lo cual podría ocasionar un error técnico, debido a que la ley 737 ya establece los actos en contra de los cuales caben los recursos de aclaración, impugnación y nulidad, pero la resolución de rescisión no aparece. A menos, que se refiera a los recursos de revisión y apelación, los cuales tampoco aparecen regulados en la ley 737 ni en su reglamento, sino más bien en la ley 290, de organización, competencias y procedimientos del Poder Ejecutivo, tal y como lo estipula el mismo art. 71 de la ley 737, en su sexto párrafo.

La potestad contractual de imponer multas y ejecutar garantías, en los términos en que unas y otras hayan sido acordadas en el contrato, cuando el contratista no cumpla con sus obligaciones de acuerdo a lo establecido en el contrato correspondiente.

Como se podrá apreciar, más adelante, la ejecución de las garantías, no es tan real, debido a que la garantía de seriedad de la oferta, por ejemplo, no es ejecutable, sino que más bien se habla de sanción al oferente, según el art. 66 de la ley 737.

Tal y como establece la ley 737 en el sexto párrafo de su art. 71, todas estas prerrogativas son ejecutivas, pero pueden ser recurridas mediante los recursos de revisión y apelación regulados por la Ley No. 290, de Organización, competencias y procedimientos del Poder Ejecutivo hasta llegar a la vía judicial contencioso – administrativa. Hasta aquí todo bien, pero en la parte in fine de dicho párrafo se afirma que la ejecutoriedad del acto administrativo no hace cosa juzgada, lo que tal vez por la redacción, llama la atención, debido a que el acto administrativo se caracteriza por su ejecutividad y ejecutoriedad, y si la ley ya estableció la forma de recurrir contra el mismo, lo lógico es que agotada la última instancia,

o sin haber recurrido en tiempo, el acto administrativo adquiriera firmeza y sea ejecutorio. Me parece que sería conveniente una reforma en la redacción técnica de este punto, para dejar claro cuando el acto administrativo es ejecutorio.

Por su parte, en base al art. 72 de la ley 737, el contratista tendrá los siguientes derechos:

Derecho a la plena ejecución de lo pactado, salvo los supuestos de modificación, suspensión, resolución y rescisión unilateral efectuadas por la entidad contratante.

Al respecto, el art. 249 del reglamento de la ley 737, al referirse a este derecho del contratista, no hace referencia a la salvedad o excepción de la modificación o resolución del contrato.

Derecho al reajuste de precios en la contratación de obras y en los contratos de tracto sucesivo, cuando el equilibrio económico financiero del contrato hubiere sido alterado por la ocurrencia de circunstancias sobrevinientes no imputables al contratista.

Derecho al pago del contrato, así como de intereses convencionales o legales y al reconocimiento de la tasa de deslizamiento oficial de la moneda, en caso que los organismos o entidades contratantes incurran en mora en el pago del precio.

Hay que recordar que sin necesidad de requerimiento administrativo o judicial de pago, la entidad contratante incurrirá en mora cuando no haya pagado el precio estipulado en el contrato, quince días después de ser exigible la obligación.

En caso que la mora en el pago fuere superior a sesenta días, contados a partir de la fecha en que la entidad contratante debía efectuar el pago según el contrato, el contratista podrá suspender la ejecución de las prestaciones a su cargo y pedir la rescisión del contrato. Si como producto de la mora, el contratista sufriera daños o perjuicios, podrá ejercer su derecho en la vía judicial.

Derecho a la terminación anticipada del contrato por causas imputables a la entidad contratante reguladas en el art. 77 de la misma ley 737.

4. Órganos rectores y de ejecución de las contrataciones administrativas

El órgano rector del sistema de administración de contrataciones del Sector Público, es la Dirección General de Contrataciones del Estado (DGCE), sus funciones están reguladas en el art. 9 de la ley 737, principalmente se encarga de diseñar, elaborar y difundir normativas complementarias de carácter general, así como modelos de manuales, guías, instructivos y pliegos estándares e instrumentos de gestión. Así mismo, es competente para desarrollar, administrar y operar el sistema de contrataciones administrativas electrónicas (SISCAE), imponer sanciones a los proveedores y contratistas, brindar capacitaciones, entre otras.

Al respecto, llama la atención, la redacción del primer inciso del art. 9 de la ley 737, porque pareciera que esta entidad, tuviese iniciativa de ley, fijémonos en la transcripción del texto: “Proponer las modificaciones que considere necesarias al marco legal relativo a las contrataciones del Estado” Así mismo, de la redacción del inciso 5 del mismo artículo, pareciera que hubiesen dos entidades rectoras de las contrataciones, la que emite las normas y la que supervisa su cumplimiento, posiblemente se trata sólo de problemas de redacción.

En cuanto a los órganos ejecutores, tenemos el Área de adquisiciones, adscrita a la máxima autoridad contractual, la cual se encarga de participar en coordinación con las áreas solicitantes en la planificación y programación anual de las contrataciones; operar los procedimientos de compra; resguardar la información relacionada con el procedimiento y con la ejecución de los contratos administrativos, brindar asesoría, apoyo administrativo y técnico a las áreas solicitantes. El Comité de evaluación es un órgano de carácter colegiado, integrado por el Coordinador del Área de adquisiciones; un asesor jurídico del órgano contratante; y un experto en la materia de que trate la adquisición. Es constituido mediante resolución administrativa de la máxima autoridad contractual, con la finalidad principal de evaluar las ofertas y elaborar el informe recomendando el ganador, para que la máxima autoridad adjudique. Este Comité funciona en el procedimiento de licitación, concurso o contrataciones simplificadas, excepto para contrataciones menores. Es recomendable, consultar la Normativa orgánica funcional de esta entidad, aprobada por la Dirección General de Contrataciones del Estado y publicada el 10 de septiembre del año 2013 (<http://www.nicaraguacompra.gob.ni/normativa>).

Finalmente, tenemos al Comité técnico de contrataciones, el cual es un órgano colegiado, conformado por un máximo de tres miembros, que podría (término discrecional utilizado por el art. 35 del reglamento de la ley 737) estar integrado preferentemente por un delegado del área solicitante o el experto en la materia, un delegado del Área de adquisiciones y un asesor legal, con la finalidad de recomendar la evaluación y calificación de las ofertas presentadas en los procedimientos de contrataciones menores que se lleven a efecto en ese período. Resulta importante, consultar la Normativa interna orgánico – funcional que regula este Comité, la cual fue aprobada por la Dirección General de Contrataciones del Estado y publicada el 10 de septiembre del año 2013 (<http://www.nicaragua-compra.gob.ni/normativa>).

En el inciso g, del art. 8 del Reglamento de la ley 737, se estipula que en las contrataciones menores a C\$ 50, 000 córdobas, el Área de adquisiciones será la encargada de evaluar, calificar y recomendar las ofertas, quedando en manos del Comité técnico de contrataciones, las de monto superior a dicha cantidad. Esta división en el monto de las contrataciones menores no está estipulada en la ley 737, por lo que desde ya dejo planteadas mis dudas sobre su legalidad.

5. Procedimientos de compra, especial referencia a la licitación pública

El art. 27 de la Ley 737, establece los siguientes procedimientos de contratación: dos tipos de licitaciones, las públicas y las selectivas, dos tipos de contrataciones, las simplificadas y las menores, y por último los concursos. Todos estos procedimientos se diferencian por los montos, la forma de publicitar (convocatoria, invitación), la posibilidad o nivel de participación de los proveedores, entre otras. En este último punto, la ley no establece el número mínimo de posibles invitados, lo cual aparece en el reglamento (art. 70), no menor de cinco invitados en la licitación selectiva, no menor de tres en la contratación menor.

Resulta muy positivo establecer, tal y como lo hace el art. 29 de la ley 737, la regulación de cada una de las etapas que integran la licitación pública, así como los principales trámites que forman parte de la misma, lo cual denota orden y rigurosidad en la norma jurídica, digno de reconocer, sobre todo porque pueden ser aplicables de forma supletoria al resto de procedimientos de compra cuando corresponda (art. 84 reglamento de la ley 737).

Según el art. 79 del reglamento de la ley 737 los plazos en los procedimientos de contratación desde su convocatoria hasta la adjudicación del contrato, se computan por días hábiles, salvo excepciones. Ahora, en base al art. 229 de la misma normativa, durante la vigencia del contrato los plazos se computarán en días calendario.

Otro aspecto a resaltar de la ley 737, está regulado en su art. 26 al establecer que surtirá efecto legal la comunicación y notificación de los actos de cualquier procedimiento de contratación que los organismos o entidades del sector público realicen por cualquier medio electrónico que garantice la certeza de la recepción y el contenido del mensaje, siempre que se cumplan las condiciones que para el efecto establezca el reglamento de la ley 737, las que deberán garantizar el acceso de los interesados a los medios electrónicos y la gradualidad en la implementación del sistema. A falta de tales condiciones, las comunicaciones y notificaciones se realizarán con el uso de medios impresos.

Cuando la eficiencia en el desarrollo de los procesos de contratación lo requiera, los organismos o entidades podrán exigir a los oferentes que indiquen los casilleros electrónicos o los medios telemáticos idóneos para enviar las comunicaciones oficiales.

Este es uno de los puntos más importantes de la ley 737, en pro de la modernización del sistema de adquisiciones públicas en nuestro país. Tal y como señalaba al inicio de este estudio, permitirá agilizar la tramitación de los diversos procedimientos de compras, generando un mayor acercamiento entre el contratante, los proveedores y contratistas. Así mismo, generará un ahorro presupuestario que podría permitir invertir en otros aspectos de la contratación.

5.1. Requisitos previos al inicio de la contratación (etapa de preparación)

Antes de iniciar la licitación pública, es necesario cumplir una serie de requisitos previos o transitar por una etapa preparatoria, en la cual podríamos reunir diversos trámites fundamentales, como por ejemplo, la planificación de las contrataciones (art. 49 reglamento de la ley 737) la cual debe ser coherente con la planificación estratégica de la propia entidad contratante, así como con su plan de inversiones y las necesidades a suplir dentro de la institución.

Así mismo, en cumplimiento del principio de publicidad, todos los organismos y entidades del Sector Público deberán elaborar anualmente, proyección del programa anual de contrataciones (pre PAC) y publicarlo con una anticipación de dos meses al inicio del período presupuestario. Una vez promulgada la Ley anual del Presupuesto General de la República, todos los organismos y entidades del Sector Público deberán confirmar su programa anual de contrataciones (PAC) y publicarlo por los mismos medios en que fue publicada la proyección.

Sobre el pre PAC, es recomendable consultar la Circular administrativa, DGCE/SP/06 -2013, titulada “Lineamientos para la publicación de proyección del programa anual de contrataciones” publicada el 24 de septiembre del año 2013, (<http://www.nicaraguacompra.gob.ni/normativa>).

El programa anual de contrataciones (PAC), se convierte así, en una especie de lista o listado de adquisiciones, a publicar en el portal único de compras, sin perjuicio de otras formas de publicación, durante el primer mes del periodo presupuestario. El mismo no obliga a realizar la compra y es modificable, pero se convierte en un requisito para iniciar cualquier procedimiento de compra, menos para la contratación simplificada (art. 20 ley 737).

Respecto, al momento de publicación del PAC, se denota cierta confusión en la lectura del art. 58 del reglamento de la ley 737, posiblemente por la falta de claridad en su redacción, dicho artículo establece: “deberá ser publicado..... al día siguiente día hábil luego de su aprobación, en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles de aprobado”, pregunto, ¿En qué quedamos? ¿Cuándo habría que publicar? Al respecto, la Dirección General de Contrataciones del Estado (DGCE) publicó un modelo guía para la planificación y programación de las contrataciones en el sector público, en el portal (www.nicaraguacompra.com.ni), versión 2011, en el cual se aclara que la publicación es al día siguiente hábil, lo que confirma que la confusión señalada ha existido y ha tenido que haber un pronunciamiento institucional para resolverla, aunque con una figura (manual) de carácter inferior al reglamento señalado e incluso pudiendo caer en un problema de legalidad y jerarquía normativa. Recomendando, consultar la Circular administrativa DGCE/SP/07-2013, titulada: “Disposiciones técnicas sobre la publicación del programa anual de contrataciones 2014”, publicada el 3 de diciembre del año 2013 (<http://www.nicaraguacompra.gob.ni/normativa>).

Otros requisitos de suma importancia, constituyen los estudios, diseños, especificaciones técnicas, la estimación de la contratación y lógicamente la programación presupuestaria.

Resulta muy positivo, la transparencia que se produce al publicar los primeros tres requisitos señalados en el párrafo anterior, según el art. 21 de la ley 737, pero al consultar el art. 89 del reglamento de dicha normativa, la transparencia y publicidad se restringe respecto al diseño, creándose una evidente contradicción, que podría explicarse por ser trámites propios de etapas distintas del procedimiento en cuestión.

También, me llama la atención que el art. 66 del reglamento de la ley 737, establezca que el valor estimado o referencial es público, como regla general, para luego regular ciertas excepciones, aún y cuando la ley ni estipula que el mismo sea público, ni regula dichas excepciones, entonces dejo planteada la interrogante, ¿qué sentido tendría publicar el valor estimado?.

Una vez que se han cumplido todos estos trámites o requisitos previos, la máxima autoridad puede emitir la *resolución de inicio* cuyo contenido está expuesto en el art. 30 de la ley 737 y en el 85 de su reglamento, procediéndose a la elaboración, por el área de adquisiciones en coordinación con las áreas técnicas y solicitantes, del pliego de bases y condiciones (PBC), el cual es el documento o conjunto de documentos escritos o electrónicos, que recogen toda la información para que el oferente pueda formular válidamente su oferta, así como las condiciones jurídicas, económicas y técnicas a las que ha de ajustarse la licitación, la evaluación de la oferta, la adjudicación, formalización del contrato y la ejecución del mismo (art. 31 ley 737 y 87 al 96 de su reglamento).

El art. 21 de la ley 737 y el 63 de su reglamento, establecen que junto a los requisitos de la contratación se hará público el proyecto del pliego de bases y condiciones, pero el art. 85 del reglamento señala que una vez reunida la información de dichos requisitos y del pliego de bases y condiciones, se emitirá la resolución de inicio del procedimiento, como se puede apreciar no se hace referencia a dicho proyecto del pliego, sino al pliego mismo, lo que podría deberse a un error técnico o de redacción, que se resuelve con la primacía de la ley.

Moreno Molina (2008, p. 425) sostiene que la naturaleza jurídica de los pliegos es muy discutida, para algunos autores (García de Enterría, Fernández, T. R y Tornos Mas) es no normativa, en la medida en que estaríamos ante piezas de un contrato que extraen su fuerza de su inclusión en el contrato por las partes contratantes. Sin embargo, para otro sector doctrinal (Villar Palasí, Villar Ezcurra, Garrido Falla) gozarían de fuerza normativa por su carácter general, su aplicación supletoria y porque la competencia para su aprobación viene atribuida a órganos administrativos.

5.2. La convocatoria

Hasta el momento todos los trámites que hemos descrito y analizado, son de carácter interno, es la convocatoria la que hace pública, la necesidad de compra de la entidad en cuestión. Dicho documento, es una especie de llamado que realiza el área de adquisiciones, en el portal único de contratación y en la web del órgano contratante cuando convenga a los intereses nacionales e institucionales. Además, se publica un aviso en La Gaceta, Diario Oficial, sobre la disponibilidad, suponemos que de la convocatoria en el portal, aunque el art. 98 del reglamento de la ley 737 establece que del aviso, lo que podría obedecer a una posible falla técnica, porque el aviso es una figura distinta, en contenido y finalidad a la convocatoria. En cuanto al contenido de esta última, se encuentra taxativamente regulado en el art. 99 del reglamento de la ley 737, lo cual transmite claridad y le facilita su labor al funcionario tramitador.

5.3. Presentación de la oferta

En base al pliego de bases definitivo (art. 89 del reglamento de la ley 737), los oferentes pueden presentar su oferta por escrito o en forma electrónica, en un solo sobre, en original y dos copias, cumpliendo con el contenido y las formalidades estipuladas en el art. 104 y 107 del reglamento de la ley 737, para lo cual tendrá un plazo no menor de treinta días calendario, contados a partir de la convocatoria, si se tratase de licitación pública, no menor de siete días si fuese licitación selectiva y no mayor de ocho días calendario en los concursos para la selección de consultores individuales, porque el art. 59 de la ley 737, extrañamente no establece plazo cuando se trate de firmas consultoras.

Las ofertas recibidas por el órgano o entidad licitante una vez vencido el plazo para su presentación se devolverán, sin abrir, a los oferentes que las hayan presentado.

El art. 41 de la ley 737 establece que los oferentes podrán modificar o retirar sus ofertas antes de que venza el plazo límite para su presentación por los mismos medios por los que fue enviada. El retiro o modificación de la oferta posterior al plazo límite fijado para la presentación de la misma dará lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador establecido en la Ley 737.

Según el inciso n, del art. 87 del reglamento de la ley 737, el pliego de bases y condiciones (PBC) contendrá una declaración en el sentido que, un proveedor o contratista no pueda modificar ni retirar su oferta una vez presentada y abierta la oferta, sin ejecutar la garantía de oferta.

Como se puede apreciar, se nos presenta una posible contradicción entre el art. 41 de la ley 737 y el inciso n del art. 87 del reglamento de dicha normativa, en cuanto a que el primero estipula la posible modificación o retiro de la oferta antes de que venza el plazo límite para su presentación, mientras que el segundo, sostiene que no podrá modificarse ni retirarse la oferta una vez presentada y abierta. Lógicamente, prima la ley y la contradicción debería resolverse, al aplicarse lo estipulado en la misma, pero en el tercer párrafo del art. 66 de la ley 737, se establece una regulación parecida a la que estipula el reglamento, lo que podría originar una contradicción entre dos artículos de una misma ley, lo cual sólo podría resolverse con una reforma a la misma, que nos permita aclarar cuando modificar o retirar una oferta, apuntándose desde ya a lo referido en el art. 41 de la ley 737, lógicamente este es otro punto que someto a discusión y al criterio del lector.

5.4. Apertura y evaluación de las ofertas

Las ofertas presentadas ante el órgano licitante, serán abiertas en forma pública, presencial o electrónica, lo cual determina un adelanto tecnológico en la tramitación de esta actuación administrativa, que es llamativo, podría simplificar trámites, ahorrar tiempo y sobre todo recursos presupuestarios, lo que habrá que esperar es alguna regulación específica en cuanto a los requerimientos técnicos y la forma o modalidad práctica para cumplirlo, desde ya nuestros mejores deseos. Según el art. 110 del reglamento de la ley 737, concluida la recepción de ofertas conforme lo establecido en el PBC se procederá al acto de apertura de ofertas, en presencia del Área de adquisiciones, los oferentes y con la participación del delegado de la máxima autoridad, la cual podrá recaer en el responsable del Área de adquisiciones o del asesor legal de la institución, sin restricción de otras personas que deseen observar el acto, los que sin embargo no podrán intervenir en el procedimiento.

Una vez concluido el acto de apertura, se levantará un acta que deberá ser firmada por los miembros del Comité de evaluación y los proponentes que se encuentren presentes. En ella se hará constar los datos generales de las ofertas presentadas tales como precios, descuentos, modificaciones o retiros de ofertas, la existencia o falta de la garantía requerida y cualquier otro detalle que el órga-

no convocador considere apropiado anunciar. Los oferentes o sus representantes tendrán derecho a examinar las demás ofertas, con excepción de los documentos considerados confidenciales, regulados en el art. 42 de la ley 737, y a hacer constar sus observaciones en el acta; no se podrá negar el derecho a los oferentes de poder hacer constar sus observaciones en el acta y se entregará a todos los presentes una copia del acta respectiva.

Me resulta curioso el contenido del art. 110 del reglamento de la ley 737, porque estipula que los miembros del Comité de evaluación deberán firmar el acta del acto de apertura, pero no entiendo cómo pueden firmar un acta de una actuación que no les compete realizar, que no han presenciado, como órgano colegiado. No sé si es que estoy interpretando de forma errónea el artículo señalado, o hay algún tipo de falla técnica en la redacción.

Por otro lado, el órgano o entidad licitante que presidió el acto de apertura de ofertas, el cual no es establecido por la ley 737, sino como hemos visto por el art. 110 del reglamento de dicha ley, una vez concluido con dicho acto, deberá remitir al Comité de Evaluación las ofertas presentadas para su correspondiente evaluación, que deberá efectuarse dentro de un plazo de hasta siete (7) días hábiles (ampliables hasta en un 50% de forma excepcional, según el art. 43 ley 737) contados a partir de la apertura de las ofertas, y en base a los criterios establecidos en el pliego de bases, so pena de nulidad.

Cabe señalar que la ley 737 en su art. 42 hace referencia a que el acto de apertura de ofertas será público, pero ni dicho artículo, ni el 43 de la misma normativa, señala que la evaluación de las ofertas será pública, lo cual sí está regulado en el art. 87 inciso “s” del reglamento de la ley 737, pero al referirse a la evaluación dice examen, por lo que no sé si se refiere a la actividad de evaluación misma, o al examen del cumplimiento de los requisitos de la oferta, realmente no sé si soy yo el que está confundido, o si nuevamente estoy ante algún tipo de problema técnico e incluso de contradicción entre ambas normativas, y si así fuese el caso, lo estipulado en la ley 737, lógicamente primaría.

En virtud del principio de subsanabilidad, en los procedimientos de selección a que se refiere la Ley 737, primará lo sustancial sobre lo formal. De esta manera, no podrán rechazarse las ofertas por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta y que no constituyan los factores de selección determinados en los

pliegos de bases y condiciones del respectivo procedimiento de selección. Hecho el requerimiento por la entidad, si el oferente no aporta lo que se le requiera, se rechazará la oferta.

Hay que señalar que no se podrá subsanar la falta de la firma en la oferta, ni el hecho de no haber presentado la garantía de seriedad de la misma cuando ella se requiera, ni tampoco podrán acreditarse hechos ocurridos con posterioridad a la fecha máxima prevista para la presentación de las ofertas.

Durante la etapa de evaluación, el Comité de evaluación a través del Área de adquisiciones podrá solicitar a los oferentes, por escrito o en forma electrónica, aclaraciones de sus ofertas. Las aclaraciones, deberán hacerse por escrito o en forma electrónica, no podrán alterar el contenido de la oferta original, ni violentar el principio de igualdad entre los oferentes. Las aclaraciones deberán ser presentadas por los mismos dentro del plazo máximo de dos días hábiles a partir de la fecha de recepción de la solicitud de aclaración y darse a conocer al resto de oferentes.

Por otro lado, recordemos que las ofertas pueden ser rechazadas en base a las causales del art. 46 de la ley 737 o puede suceder también que los oferentes sean descalificados en base a las causales del art. 45 de dicha normativa.

Respecto al punto anterior, el art. 114 del reglamento de la ley 737 establece que cuando un oferente sea descalificado, deberá acreditarse la causal de ley aplicada y se deberá comprobar y acreditar la misma mediante estudio calificado que deberá ser notificado al oferente, quien podrá hacer uso de los recursos procedimentales previstos en la Ley 737 y su Reglamento, cuando lo considere pertinente.

El único recurso que podría caber es el de aclaración regulado en el art. 111 de la ley 737, porque el de impugnación sólo cabe contra la resolución de adjudicación, y en base al art. 48 de la misma normativa, en dicho documento no se emitiría la descalificación de la oferta.

5.5. Dictamen de recomendación de adjudicación

El Comité de evaluación, utilizando los criterios contenidos en el pliego de bases y condiciones, recomendará la adjudicación total o parcial de la licitación

al oferente u oferentes, con la mejor oferta, así mismo, deberá recomendar el orden de prelación con que fueron seleccionadas; o recomendar la declaratoria de desierta total o parcialmente de la licitación en los supuestos expuestos en el art. 50 de la ley 737.

Para tales efectos, se elaborará un dictamen detallado del análisis y comparación de todas las ofertas, exponiendo las razones precisas en que fundamenta su recomendación. Este dictamen deberá ser enviado a la máxima autoridad administrativa de la entidad contratante en un plazo de dos días hábiles posteriores a su suscripción, con copia a los oferentes participantes.

5.6. Resolución de adjudicación

La máxima autoridad administrativa de la entidad licitante, deberá dictar una resolución motivada para adjudicar total o parcialmente la licitación, declararla desierta o cancelarla. Respecto, a la cancelación, he señalado, que no me queda claro, si podría emitirse sin la suspensión previa, tal y como lo establece el art. 51 de la ley 737, o de forma autónoma, como una competencia de la máxima autoridad contratante.

La adjudicación, se otorgará a través de resolución administrativa o acuerdo ministerial, cuando se trate de licitaciones públicas, licitaciones selectivas, concursos y en el caso de las contrataciones simplificadas, y menores, mediante resolución administrativa o en carta de adjudicación.

En el caso de la licitación pública deberá emitirse, dentro de un plazo máximo de tres días hábiles después de recibido el dictamen de recomendación de parte del Comité de evaluación. Los requisitos y fundamentos que debe contener esta resolución están establecidos en el art. 123 del reglamento de la Ley 737, permitiendo al oferente ganador, tramitar la garantía de cumplimiento, para la formalización del contrato.

Una vez emitida la resolución será notificada a los oferentes dentro de un plazo máximo de dos días hábiles. En caso que estos no recurran contra ella, será firme y se publicará.

Sobre este punto, el art. 122 del reglamento de la ley 737, establece que el consentimiento de la adjudicación se presume pasados los tres días hábiles de su notificación, sin que los oferentes hayan ejercido recurso alguno contra la mis-

ma. En caso de haberse presentado una sola oferta, el consentimiento de la adjudicación se presume el mismo día de su notificación.

Una vez consentido el otorgamiento de la adjudicación, el Área de adquisiciones remitirá el expediente de contratación a la dependencia encargada de la administración del contrato, la que asumirá competencia desde ese momento para ejecutar los actos destinados a la formalización y administración del mismo.

5.7. Re adjudicación

La re adjudicación podrá realizarse al oferente que hubiere sido calificado en el orden de prelación cuando el adjudicado original haya sido notificado para firmar el contrato y no lo hiciera dentro del plazo fijado en la notificación por la entidad licitante o no presentare la documentación necesaria para la formalización del contrato, como por ejemplo la garantía de cumplimiento (ver art. 222 del reglamento de la ley 737).

Así mismo, cuando por cualquier razón termine anticipadamente el contrato sin haberlo ejecutado en más del treinta por ciento (30%) del mismo, la entidad podrá optar por adjudicar el contrato al siguiente oferente de la prelación, en cuyo caso se ajustará proporcionalmente el valor de su oferta. Esto es realmente una innovación del art. 49 de la ley 737, que podría ser de mucha utilidad, ahora dicho artículo, no establece qué pasaría si se está ejecutando más del 30 % del contrato, ni cómo medir dicho porcentaje, o al menos una referencia al instrumento que permite regular dicha actividad.

Por su parte, el art. 124 del reglamento de la ley 737 establece que la re adjudicación se formalizará previa consulta con el oferente con quien se estaría firmando el contrato, para conocer si este aceptaría la misma y en caso de que este desistiera de la re adjudicación no acarrearía responsabilidad alguna para el oferente y el organismo contratante tendría la posibilidad de re adjudicar al siguiente oferente en el orden de prelación o podrá volver a realizar el procedimiento licitatorio. Por otro lado, si la máxima autoridad no está de acuerdo con el dictamen de adjudicación, entre otras causales más reguladas en el art. 50 de la ley 737, declarara desierta la licitación (fijémonos que no se hace referencia a los procedimientos de contratación y concurso, sino solamente a la licitación), la cual podrá comenzar nuevamente con una reducción del 50 % de los plazos.

5.8. Formalización del contrato administrativo

En los procedimientos de licitación y concurso, una vez se encuentre firme la resolución de adjudicación, el organismo o entidad contratante deberá proceder a formalizar el contrato con el adjudicatario, de acuerdo con el modelo incluido en las bases de la contratación. En las contrataciones simplificadas quedará a opción de la entidad contratante.

La formalización de un contrato administrativo no requerirá de escritura pública, salvo cuando lo requiera el derecho común. Tendrá el carácter de documento público con fuerza ejecutiva. Los plazos y procedimientos para suscribir el contrato administrativo están regulados en el art. 226 del reglamento de la ley 737. Cabe señalar que está facultada para suscribir los contratos, que se deriven de la aplicación de la ley 737, la máxima autoridad administrativa de la entidad u organismo contratante o la persona que ésta designe especialmente mediante resolución administrativa.

En relación a este punto siempre me hacen la misma pregunta, ¿En qué casos podría la entidad contratante y el oferente ganador negarse a firmar el contrato? La respuesta está dada por el art. 216 del reglamento de la ley 737 que en sus partes conducentes señala:

La entidad no puede negarse a suscribir el contrato, salvo por razones de recorte presupuestario, sobrevinientes con posterioridad al inicio del procedimiento de contratación y cuya potestad radica solamente en la máxima autoridad, las que deben estar debidamente acreditadas y cuyas razones deberán ser comunicadas a los oferentes que corresponde y publicadas en el portal único de contratación. La negativa a hacerlo basada en otros motivos, genera responsabilidad funcional en su titular o máxima autoridad administrativa o el funcionario delegado.

En caso que el o los oferentes adjudicados se nieguen a suscribir el contrato, serán objeto de sanción, salvo imposibilidad física o jurídica sobrevenida al otorgamiento de la adjudicación, condición que deberá ser comunicada a la administración, para su posterior verificación y declaración por la administración.

5.9. La ejecución contractual

Una vez formalizado el contrato, lo que queda es proceder a su ejecución, es decir a la materialización del objeto mismo del contrato, a la construcción de la

obra, al suministro de los bienes, a la prestación de los servicios según se haya establecido en el pliego de bases y en el contrato mismo.

Realmente, sobre la ejecución contractual, ni la ley 737 ni su reglamento establecen una normativa o conjunto de reglas de carácter general, más bien se debe recurrir a la regulación de cada contrato para encontrar alguna información al respecto.

6. Las compras menores

Según el art. 27 de la ley 737, es el procedimiento administrativo que debe observarse para la selección del contratista particular en aquellas contrataciones de obras, bienes o servicios generales, que no superen el monto de quinientos mil córdobas (C\$500,000.00).

Es una realidad que este procedimiento, es uno de los más importantes, por su continuidad, constancia y repetitividad, en las diversas entidades que integran el Sector Público, no solo por los bajos montos presupuestarios que implica, sino por los tipos de bienes y servicios que se adquieren, sobre todo los de carácter estándar y de uso común, que según el inciso b, del art. 2 del reglamento de la ley 737, son aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, respecto de sus funcionalidades básicas, con independencia de sus características accesorias, y que son ofrecidos en el mercado en condiciones equivalentes para quien los solicite, permitiendo el funcionamiento efectivo de cada uno de los órganos administrativos y con esto el ejercicio de sus competencias en pro de la resolución de los problemas sociales.

6.1 Trámites para realizar las compras menores

El reglamento de la ley 737, va a regular el procedimiento para llevar a cabo las compras menores, y según su art. 84, cualquier vacío sería llenado mediante la aplicación supletoria de lo regulado por la ley 737 para la licitación pública. Al respecto, cabe señalar que uno de los primeros problemas que encuentro, es que el legislador ha olvidado en repetidas ocasiones en la ley 737, hacer referencia a las compras menores en diversos puntos, por ejemplo, tal y como lo veremos más adelante, en los recursos administrativos, lo que podría originar ciertos inconvenientes al momento de su ejecución, por lo que dicha supletoriedad resulta de suma importancia práctica.

Siguiendo el orden que ofrece Flores Quintana (2013) en su *paper* de investigación, el procedimiento comienza, según el art. 130 del reglamento de la ley 737, con la solicitud de la Unidad requirente, es decir la que necesita realizar la adquisición, así el titular del Área solicitante deberá llenar el formato de solicitud de compra, expresando al menos lo siguiente:

- a) Que el objeto solicitado está incluido en el programa anual de compras (PAC), si no fue contemplado, la solicitud de compra deberá justificarla de forma escrita, motivando las razones de la necesidad de la contratación, obteniendo la no objeción del organismo financiador si corresponde.

En la última línea del punto anterior, llama la atención, que se haga referencia a la posibilidad de obtener la no objeción del organismo financiador si corresponde, porque las compras menores reguladas por la ley 737 y su reglamento son financiadas con recursos presupuestarios internos y no de índole internacional, por lo que podríamos estar frente a un error técnico en la redacción, que habría que corregir en una posible reforma de dicha normativa o al menos aclarar a que organismo financiador se refiere.

- b) En el caso de bienes, la Unidad solicitante deberá remitir su solicitud a la Unidad de almacén para que certifique la existencia o no del bien solicitado. Si la solicitud fuese de servicios u obras, la remitirá de forma directa al Área administrativa financiera.

Posteriormente, pasamos a la redacción de las especificaciones técnicas o alcance de servicios o alcances de obra o términos de referencia, es decir que en las compras menores no hay un pliego de bases y condiciones (PBC) como sucede en la licitación, por lo que cabe preguntarse, desde ya, si es posible solicitar aclaraciones a las especificaciones técnicas, siguiendo así lo estipulado en el art. 34 de la ley 737, y con esto la homologación, e incluso la posibilidad de objetar dicho instrumento jurídico.

Así, el art. 131 del reglamento de la ley 737, establece que:

- a) Si la solicitud fuese para la adquisición de bienes, deberá ir acompañada de un detalle y especificaciones técnicas de los mismos, con indicación de su cantidad, condición, plazo y lugar de entrega y demás requerimientos necesarios para su contratación, además de la estimación de la contratación.
- b) Cuando la solicitud sea para la ejecución de obras, la solicitud deberá señalar las condiciones mínimas de diseño o trabajos requeridos, sus especificacio-

nes generales, técnicas y el presupuesto respectivo de referencia, plazo de ejecución y lista completa de cantidades.

- c) Cuando la solicitud de cotización sea para servicios complementarios, esta deberá ir acompañada con un detalle del objeto, de las condiciones, alcances y demás requerimientos necesarios para su contratación.
- d) Cuando la solicitud de cotización sea para servicios de consultoría, deberá ir acompañada de los términos de referencia si es el caso, definido los objetivos, metas y demás requerimientos necesarios, expresando de forma clara y precisa los servicios que se necesitan y los estudios necesarios para poder llevarse a cabo la consultoría, así como los resultados previstos. No precisa de ser detallado.

Sobre este último punto, el art. 89 de la ley 737, parte in fine señala que los contratos de servicios profesionales de consultoría estarán sujetos a plazos determinados y deberán establecer los objetivos y resultados concretos y específicos que se pretenden lograr. En otras palabras, se requeriría que las especificaciones técnicas o los términos de referencia fuesen debidamente detallados, por lo que podríamos estar frente a una posible contradicción entre el art. 131 parte in fine del reglamento de la ley 737 y el art. 89 de dicha ley. Lógicamente, prima el carácter superior de la ley, por lo que desde el punto de vista práctico, el detalle sería necesario, siendo un punto a tener en cuenta en una posible reforma del reglamento de la ley 737.

También, es importante destacar lo referente a la verificación de disponibilidad presupuestaria para poder iniciar las compras menores, trámite que implica dos momentos según el art. 132 del reglamento de la ley 737, primero el Área administrativa financiera, recibida la solicitud del Área solicitante, deberá completar la información, señalando la partida presupuestaria, dando el visto bueno o autorización correspondiente, y completada la información del formato de solicitud de compra, el titular del Área administrativa financiera deberá firmar y sellar dicho formato y enviarlo nuevamente a la unidad solicitante.

Solicitud de compra, publicidad y remisión

Luego, tenemos la solicitud de compra, publicidad y remisión que cuenta con una serie de formalidades a seguir como son:

- a) El Área solicitante, una vez recibido el formato de solicitud de compra de parte del Área administrativa financiera con la partida presupuestaria correspondiente, deberá remitir la solicitud de compra al Área de adquisiciones.

- b) Esa Área, asignará número único al expediente de la contratación a iniciar, incorporando todos los documentos que se vayan generando durante todo el procedimiento. Y si es a través de datos electrónicos, identificar el archivo en el orden de remisión y modalidad adquisitiva.
- c) Verificará que la solicitud haya sido autorizada por el Área administrativa financiera y además verificará si tal requerimiento se encuentra incluido dentro del plan anual de compras; en caso contrario lo modificará conforme la Ley, para dar por aceptada la solicitud, procediéndose a firmar el formato de solicitud de compra.
- d) La solicitud de compra será dirigida al menos a tres oferentes inscritos en el Registro Central de Proveedores, pudiendo en consecuencia participar el proveedor que cumpla con los requisitos legales y técnicos.
- e) El Área de adquisiciones deberá implementar un sistema de rotación en la compra por cotización con los proveedores clasificados a efectos de repetir la invitación a un mismo proveedor una vez agotada la lista en la rotación. Cuando en el Registro de proveedores no hubieren inscritos al menos tres oferentes para el objeto de la cotización, se dejará constancia escrita de esa circunstancia y se pedirá cotización a quienes se encuentren inscritos.
- f) Adicionalmente, toda solicitud de compra, deberá ser publicada en forma simultánea en el portal único de contratación. (Reglamento de la Ley No. 737, art. 133)

Convocatoria

Realizados los trámites anteriores, se procede con la convocatoria, la que se tramita mediante invitación directa a tres o más proveedores, según corresponda en atención a la oportunidad, al monto, y a la complejidad o envergadura de la contratación, sin menoscabo de la publicación de la invitación a ofertar en el portal único de contratación. Esta forma de invitación no limita a participar en el procedimiento a otros proveedores no invitados. (Reglamento de la Ley No. 737, art. 134)

Presentación, recepción, apertura, evaluación, recomendación de ofertas y adjudicación

Una vez realizada la convocatoria procede el trámite de *presentación de las ofertas* por los oferentes invitados, el cual será privado por disposición del art. 108 del Reglamento de la Ley 737.

Siguiendo con el procedimiento de las compras menores, respecto a la *recepción de las ofertas*, el art. 136 del Reglamento de la ley 737, establece que las ofertas deberán ser remitidas o presentadas en el lugar señalado y dentro del plazo establecido en la solicitud de compra. Los oferentes deberán formular sus ofertas sin sujeción a modos o condiciones que impidan una aceptación pura y simple por parte del órgano o entidad adquirente. Las ofertas enviadas y recibidas por los medios permitidos deberán contener hora y fecha de recepción. En ningún caso, el plazo fijado para la presentación de ofertas en la compra menor podrá ser mayor de cinco días calendario contados a partir de la fecha de la última notificación o de la publicación en el portal único de contratación.

Una vez realizada la recepción de las ofertas y transcurrido el plazo establecido para la presentación de las ofertas procede la *apertura de las ofertas*, al siguiente día hábil, el Comité técnico de contratación en pleno, o quien corresponda, deberá proceder a la apertura de las mismas. Deberá levantarse acta de apertura de oferta que contenga los datos generales del proveedor, precio y su plazo de entrega entre otros, la cual será firmada por los miembros del Comité técnico de contratación.

Según Flores Quintana (2013) el punto anterior debería de ser más explícito, especificando a quien le corresponde con exactitud estar a cargo de la apertura de las ofertas ya que al parecer no solo le corresponde al Comité técnico de contrataciones pues a la letra deja señalado de forma ambigua “a quien corresponda”, y por ultimo deja sentado en la parte final que es siempre al Comité técnico de contrataciones a quien le corresponde firmar el acta.

Después de la apertura de las oferta, viene la etapa de *evaluación* de estas, la cual según el art. 138 del Reglamento, será realizada por el Comité técnico de contrataciones, el cual también deberá verificar la conformidad de la oferta a la calidad requerida, procediendo a adjudicar a la oferta con el menor precio.

En este punto ya he señalado que podría haber una grave contradicción entre el art. 8 del reglamento de la ley 737 y los artículos 27, 14 y 16 de la misma ley, puesto que aquel establece que la evaluación, si el monto de la adquisición es igual o menor de cincuenta mil córdobas le corresponde al Área de adquisiciones y si es superior al Comité Técnico, algo que repito como dije con anterioridad, no está estipulado en la ley 737.

Por otro lado, en las compras menores, al parecer la evaluación se realiza en base al factor “menor precio”, siguiendo así los lineamientos de la “mejor oferta” que

está regulado por el art. 2 de la ley 737, esto si se tratase de bienes o servicios de carácter estándar o de uso común, pero si no fuese así el factor “calidad” u otro, tendría entonces que formar parte del sistema de evaluación. Podría estar equivocado en estas apreciaciones, pero se nota cierta ambigüedad en la redacción del 138 del reglamento de la ley 737, la cual ocasiona que nos preguntemos ¿la calidad es o no un factor de evaluación en las compras menores o basta con el menor precio? Desde ya recomiendo analizar la redacción de dicho artículo.

Por otro lado, el art. 139 del Reglamento de la ley 737, señala de forma correcta que es al Comité técnico de contrataciones a quien le corresponde recomendar, este debe de preparar su informe y lo enviará con el acta de apertura de oferta y los cuadros respectivos al Coordinador del Área de adquisiciones quien lo remitirá a la autoridad correspondiente para su adjudicación, o adjudicara en su caso. En el art. 140 y el 141 del Reglamento de la ley 737 se establece que la máxima autoridad administrativa podrá adjudicar total o parcialmente, declarar desierta, suspender o cancelar el procedimiento, mediante acto administrativo escrito, dentro de dos (2) días hábiles después de recibida la recomendación de parte del Comité Técnico de Contrataciones.

La máxima autoridad ejecutiva o administrativa según el caso deberán emitir resolución o acta en contrataciones menores en el que se hagan constar los aspectos siguientes:

- Referencia de la contratación
- El o los nombre de los oferentes adjudicados
- Montos adjudicados
- Breve descripción de los bienes, obras o servicios adjudicados
- Nombre del representante de la entidad autorizado para la firma del contrato.

Contra esta resolución debería haber algún tipo de recurso administrativo, pero cuando revisamos el art. 112 de la ley 737, que regula el recurso de impugnación que cabe contra la adjudicación, nos damos cuenta que en dicho artículo no se menciona a la compra menor, aspecto ya confirmado por la Procuraduría General de la República (PGR), mediante el considerando I, de la resolución No. 40 – 2011, de las ocho y treinta minutos de la mañana, del 1 de diciembre de dicho año, en el que se establece que “*no procede el recurso de impugnación en contra de los tipos de contrataciones simplificadas y contrataciones menores*, por lo que a todas luces el recurso interpuesto es notoriamente improcedente y debe ser rechazado de plano”. Ahora, si no cabe impugnación, cabe preguntarse si cabría

el de nulidad, pero si revisamos el art. 115 de la ley 737, tampoco se regulan las compras menores.

En cuanto al recurso de aclaración, hay que señalar que en el art. 111 de la ley 737, se hace referencia a que este cabe en contra de la evaluación que realiza el Comité de evaluación, pero en las compras menores dicho órgano no opera. Otro aspecto que no está muy claro es contra qué cabe dicho recurso, si es contra el acta donde se reflejan los datos generales de los oferentes que presentaron oferta y el monto económico de la misma, o si cabe en contra del informe de evaluación y recomendación, según el art. 38 del reglamento de la ley 737, teniendo presente que sólo el primer documento (el acta) es pública, pero que al igual que el informe sólo se notifica si los oferentes lo solicitan, se podría entonces, originar una ambigüedad, por la falta de claridad técnica de ambas normas jurídicas.

Teniendo presente lo anterior, al parecer en compras menores sólo cabría el recurso de aclaración, si es que el oferente solicitó la notificación del acta, esto no significa que no se podría recurrir a la vía judicial, claro que sí se podría, una vez agotada la vía administrativa que sólo consistiría en la posible tramitación del recurso de aclaración, lógicamente, es una interpretación personal la que estoy presentando aquí, la cual dejo abierta a debate y en espera de jurisprudencia o alguna reforma legal que nos dé una mejor orientación.

Otros aspectos importantes del procedimiento de contrataciones menores a tomar en cuenta son lo referente al desempate, a la readjudicación, así como el caso en que se presente un oferente único.

En este último caso de presentarse un oferente único, el art. 142 del Reglamento de la ley 737, destaca que puede readjudicarse si después de la invitación y vencido el plazo establecido para su presentación, se hubiera presentado solamente un oferente en tiempo y forma, siempre que debidamente evaluada la oferta, se establezca que ésta satisface los requisitos exigidos y sea conveniente a los intereses del Estado. En caso contrario, se debe recomendar que la contratación se declare desierta y en caso de no presentarse ninguna oferta en el plazo establecido por la ley, el Coordinador del Área de adquisiciones debe hacer constar este hecho en el expediente de la contratación, a efectos de su declaración desierta. En todo caso la entidad podrá iniciar nuevamente el procedimiento.

En el caso de haber empate se adjudicará al oferente que tuviere carácter de micro, pequeña y mediana empresa (Mypimes), de conformidad a lo establecido en

la Ley No. 645, Ley de Promoción, Fomento y desarrollo de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 28 del 08 de febrero del 2008 y su reglamento, en caso de subsistir el empate, se aplicara el sorteo por insaculación establecido en el art. 144 del Reglamento de la Ley 737. En este punto, se nota cómo el reglamento de la ley 737, trata de promover la participación de las Mypimes en las compras públicas, pero al parecer, podría sobrepasar los incentivos a dicho sector, al estipular en la parte in fine de su art. 134 que solo cuando no se hayan presentado ofertas de este tipo de oferentes (Mypimes), en las compras menores, podrá contratarse con otros oferentes, lo cual podría transgredir el principio de igualdad y el de libre competencia.

En cuanto a la readjudicación, esta solo se puede presentar si el oferente adjudicado no compareciese a retirar la orden de compra o firmar el contrato, dentro de un término de cuarenta y ocho horas de comunicada la adjudicación, la institución podrá cancelar dicha adjudicación y otorgarle la misma al oferente que le siga en el orden de prelación determinado. Procediendo de igual manera si esta circunstancia se repite con el segundo lugar; en este caso se debe declarar desierto el proceso. Al parecer, en la compra menor, la readjudicación sólo puede realizarse hasta el segundo lugar del orden de prelación, para luego declarar desierta la contratación, es decir, no se podría readjudicar al tercero en la lista de prelación, tal y como ocurre en la licitación pública.

7. El sistema de garantías contractuales

En las contrataciones administrativas que se realizaren por medio de los procedimientos ordinarios, los organismos y entidades contratantes deberán requerir, al menos, las garantías establecidas entre los artículos 66 al 68 de la ley 737, emitidas por instituciones autorizadas y supervisadas por la Superintendencia de Bancos y de otras instituciones financieras.

La *garantía de seriedad de la oferta* tiene como finalidad que los oferentes cumplan con la oferta presentada, convirtiéndose en una condición para participar en el procedimiento respectivo. Podrá consistir en una declaración rendida ante notario público efectuada por el proveedor, en la cual deberá expresar que la oferta será válida durante el período especificado en el pliego de bases y condiciones, excepto en los procesos licitatorios, en los cuales se hará uso de una garantía pecuniaria.

En caso que el proveedor retire o modifique su oferta luego de la recepción y apertura de ofertas, o no cumpliera con firmar el contrato o no entregare la correspondiente garantía de cumplimiento, será inelegible de participar en los procesos de contratación administrativa por un período de un año, contado a partir de la fecha en que incurra en cualquiera de los hechos señalados.

Como se puede apreciar existen dos tipos de garantías de seriedad de oferta, la de carácter notarial y la pecuniaria, esta última obligatoria en las licitaciones. Es innovadora la notarial, respondiendo así a una necesidad de dinamizar y fomentar la participación en las contrataciones, poniendo menos barreras, el problema es que si el oferente retira su oferta, no tendrá mayor sanción que la de no poder participar por un año en los procedimientos de compra, sin que se afecte su patrimonio, por lo que se podría incrementar la retirada intempestiva de oferentes, pero aún en las garantías pecuniarias, pasaría lo mismo, por lo que nos preguntamos cuál sería la razón de ser de esta garantía si nunca se ejecutaría, incumpléndose el art. 71 de la ley 737 que en su último párrafo establece como prerrogativa del Estado la posibilidad de ejecutar las garantías sin referirse a una específica, pero sobre todo se estaría distorsionando la naturaleza jurídica de esta figura.

También, detecto una posible contradicción entre el tercer párrafo del art. 66 y el 41 de la ley 737, en cuanto a que aquel establece que la sanción operaría cuando el proveedor retire o modifique su oferta luego de la *recepción y apertura* de la oferta, pero en el art. 41 se permite modificar o retirar la oferta durante todo el término de presentación de la oferta (en las licitaciones públicas es de 30 días), lo que podría constituir un choque entre artículos de la misma ley, e incluso podría evidenciar un claro error técnico, pero además el art. 87 inciso n, del reglamento de la ley 737, señala que el pliego de bases contendrá una declaración en el sentido que, un proveedor o contratista no pueda modificar ni retirar su oferta una vez *presentada y abierta* la oferta, sin ejecutar la garantía de oferta.

Como se puede apreciar se nos podría estar presentando otra contradicción de términos y lógicamente de normativas, con un contrasentido porque el 87 inciso n, señalado se refiere al contratista, y técnicamente esto es un error, porque el contratista sólo tendría que presentar la garantía de cumplimiento y no la de oferta. Recordemos que primero se es proveedor, luego oferente y finalmente contratista.

Por otro lado, se regula la *garantía de cumplimiento*, la cual pretende garantizar tanto la firma del contrato como su ejecución. Así, el art. 67 de la ley 737, es-

tablece que previo a la formalización del contrato, excepto para contrataciones menores, el adjudicado deberá presentar al órgano adjudicante, dentro del plazo señalado en la notificación de la adjudicación, una garantía de cumplimiento por un monto equivalente entre el cinco por ciento (5%) y el diez por ciento (10%) del monto del contrato, para las contrataciones de servicios y bienes; y entre el diez por ciento (10%) y el veinte por ciento (20%) del monto del contrato para el caso de contrataciones de obras.

Según, Leiva Matamoros (2012) en las contrataciones menores, encontramos una contradicción entre lo planteado en la Ley No. 737 y lo establecido en el Reglamento de la misma, debido a que como se ha señalado, el art. 67 de la ley no. 737 exceptúa en este tipo de contrataciones la presentación de la garantía de cumplimiento, excepción que confirma el art. 210 de su reglamento, sin embargo en este, se establece un carácter opcional, lo que ocasiona una clara contradicción y un contrasentido entre ambos cuerpos normativos, con posibles consecuencias prácticas. Lógicamente, la ley prima sobre el reglamento, por lo que en atención a esta, en las contrataciones menores no se debería solicitar la presentación de la garantía de cumplimiento.

Por su parte, en las contrataciones de servicios de consultoría no son necesarias este tipo de garantías, salvo las excepciones estipuladas en el art. 212 del reglamento de la ley 737, el cual establece que se solicitarán cuando así se justifique en los estudios previos. La amplitud de este último aspecto podría generar discrecionalidad, porque realmente no hay una regulación precisa para establecer cuándo se solicitara esta garantía en este tipo de contrato, pero además dicho artículo (212) también señala la facultad del organismo contratante para establecer garantías por un monto fijo cuando la naturaleza de la prestación sea por tiempo indefinido o por un monto inestimable. En este punto podría existir una contradicción con el art. 89 de la ley 737 en cuanto establece que los contratos de servicios profesionales de consultoría no pueden tener carácter general, ni permanente, sino que están sujetos a plazos determinados.

Ahora, el mismo art. 66 de la ley 737 señala que la garantía de cumplimiento deberá constituir una obligación de dar o entregar cantidades líquidas a favor de la entidad u organismo contratante. Una vez constatado el incumplimiento del contrato, bastará la sola presentación del documento a través del cual se formaliza la garantía, ante la entidad emisora, para el pago correspondiente.

Dicho artículo podría estar contradiciéndose con el art. 211 del reglamento de la ley 737, en cuanto a que este hace referencia a obligaciones de hacer dentro de este tipo de garantía, lo cual no está establecido en la ley, pero además establece que la entidad contratante podrá ejecutar la garantía de cumplimiento en sede administrativa total o parcialmente, mediante resolución razonada y legalmente fundamentada. Previa a la resolución se dará un plazo al contratista para que presente sus alegatos y pruebas de descargo, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la respectiva notificación. Se podrá hacer en este caso uso del arbitraje.

Como se puede apreciar en el punto anterior, se permite el uso del arbitraje, pero no se dice si es aplicable en cuanto a decidir si hubo o no incumplimiento o para decidir sobre la ejecución de la garantía señalada, lo cual estaría prohibido por el art. 78 segundo párrafo de la ley 737, en caso del ejercicio de potestades exorbitantes o actos de autoridad del Estado, siendo la ejecución de garantías una de ellas (art. 71 ley 737).

Siempre, en lo que respecta a la ejecución de las garantías, el art. 215 inciso b del reglamento señala que una vez culminado el contrato, y siempre que no existan deudas a cargo del contratista, el *monto ejecutado* le será devuelto a éste sin dar lugar al pago de intereses.

Este último punto le podría estar dando la estocada final al sistema de garantías en las contrataciones administrativas nicaragüenses, trastocando nuevamente la naturaleza jurídica de esta figura e incluso me atrevería a ser más fatalista diciendo que se están derrumbando los cimientos y las nociones jurídicas más lógicas de la figura en cuestión, porque ante un incumplimiento contractual, se ejecuta el monto correspondiente de la garantía y este no se devuelve, sino que debe corregirse por el contratista, si es que el contrato continua, porque si no es así, repito, simplemente tras el procedimiento correspondiente, se ejecuta totalmente (art. 211 del reglamento)

Se estaría frente a un posible choque frontal entre dos artículos del mismo reglamento de la ley 737, me refiero al 211 y al 215, pero también entre el inciso b y el c, del mismo art. 215 que en su parte in fine, señala que el monto de las garantías corresponderá íntegramente a la entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado, ¿cómo se resuelve esto?.

En contra de la resolución que declare la ejecución de una garantía, los oferentes podrán hacer uso de los recursos previstos en la Ley No. 290, Ley de organi-

zación, competencias y procedimientos del Poder Ejecutivo, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 102 del 27 de marzo de 1998.

Cabe señalar, que la Dirección General de Contrataciones del Estado (DGCE) ha emitido la Circular Administrativa DGCE/UN/01-2013, denominada “Lineamientos técnicos sobre la solicitud, aceptación y ejecución de finanzas o garantías en los procesos de contratación”, del 27 de mayo del año 2013, sobre la cual se pueden realizar, con una finalidad eminentemente constructiva, los siguientes señalamientos:

Al parecer en el art. 1 de la circular no se mencionan a las entidades bancarias (Bancos) como emisoras de fianzas o garantías, aun y cuando el art. 65 de la ley No. 737, en sus partes conducentes textualmente señala que: “los organismos y entidades contratantes deberán requerir, al menos, las garantías....., emitidas por instituciones autorizadas y supervisadas por la Superintendencia de Bancos y de otras Instituciones Financieras” entre las que lógicamente se encuentran los Bancos (texto que se repite en el art. 66 de la misma ley 737, parte in fine de su segundo párrafo) y el art. 207 de su reglamento (Decreto no. 75 – 2010) establece claramente que: “Los medios de garantía que debe presentar el contratista son los que se deriven de instituciones bancarias o no bancarias sujetas al ámbito de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras”.

Como se puede apreciar la normativa que regula las contrataciones administrativas en nuestro país, determina que las entidades públicas pueden requerir y aceptar garantías emitidas por instituciones bancarias, en otras palabras a los contratistas se les permite recurrir a un banco a solicitar este tipo de instrumento jurídico, según el caso o procedimiento y en base a lo determinado por el pliego de bases y condiciones correspondiente, esto según el art. 31 inciso 5 de la Ley 737 de contrataciones administrativas del Sector público y el art. 87 inciso m, de su reglamento.

Además, cabe recordar que la Ley No. 561, Ley general de bancos, instituciones financieras no bancarias y grupos financieros publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 232 del 30 de Noviembre del 2005 establece en su art. 53 inciso 7, que los bancos podrán efectuar las siguientes operaciones: 7. Otorgar fianzas, avales y garantías que constituyan obligaciones de pago.

En otras palabras, y en apoyo al punto anterior, las entidades u organismos contratantes del Sector Público, no sólo podrían solicitar y aceptar fianzas o garantías emitidas por instituciones aseguradoras, tal y como sostiene el primer punto de la circular señalada, sino también por entidades bancarias, para garantizar obligaciones de pago, que podríamos denominar como accesorias de obligaciones de dar según el art. 1845 y siguientes del Código Civil de Nicaragua. Al respecto, el art. 67 de la ley 737 estipula que la garantía de cumplimiento deberá constituir una obligación de dar *o entregar cantidades líquidas* a favor de la entidad u organismo contratante, ver también, el primer párrafo del art. 211 de su reglamento.

Así, la circular administrativa DGCE/UN/01-2013, acatando el principio de jerarquía de las fuentes del Derecho Administrativo, debería respetar lo señalado y regulado por la ley No. 737, la ley No. 561 y el Decreto No. 75 – 2010, sin poder ir más allá o restringir lo establecido por dichas normativas, las cuales naturalmente son de carácter superior a la circular, por lo que podría haber un grave conflicto entre fuentes jurídicas y sobre todo un posible problema de legalidad, espero estar equivocándome al respecto.

Respecto al punto sexto de la circular, llama la atención, la parte final del mismo, en el cual se determina que junto a la solicitud de reclamo del monto asegurado se debe acompañar la resolución administrativa de la máxima autoridad en la que se establezcan las condiciones que dan lugar al incumplimiento y mandata la ejecución de la fianza o garantía, así como *los documentos del procedimiento de ejecución de las mismas*, aspecto que no está regulado ni en la ley 737 ni en su reglamento.

Sobre este punto, hay que señalar que la ley 737 en su art. 67 último párrafo, en lo que se refiere a la posible ejecución de la garantía de cumplimiento, dice textualmente: “Una vez constatado el incumplimiento del contrato conforme lo establecido por esta Ley, *bastará la sola presentación del documento a través del cual se formaliza la garantía, ante la entidad emisora, para el pago correspondiente*”.

Por su parte, el art. 211 del Reglamento de la Ley 737 al regular la ejecución de la garantía de cumplimiento en su segundo y tercer párrafo establece que:

“La entidad contratante podrá ejecutar la garantía de cumplimiento en sede administrativa total o parcialmente, mediante resolución razonada y legalmente fundamentada. Previa a la resolución se dará un plazo al contratista para que presente sus alegatos y pruebas de descargo, dentro

de los cinco días hábiles siguientes a la respectiva notificación. Se podrá hacer en este caso uso del arbitraje.

Agotado el procedimiento anterior, bastará la sola presentación del documento a través del cual se formaliza la garantía, ante la entidad emisora, para el pago correspondiente.”

Así mismo, el reglamento de la ley 737 pero en su art. 215 primer párrafo al regular siempre la ejecución de la garantía de cumplimiento señala textualmente:

“Las garantías sólo se ejecutarán en los siguientes casos, debiendo haberse agotado de previo el debido proceso, conforme los procesos indicados en la Ley y el Reglamento y de igual manera haber acreditado en el expediente respectivo las consideraciones que justifican su ejecución mediante resolución administrativa que deberá ser notificada al contratista conforme los medios dispuestos en el contrato....”

Al respecto, el art. 215 del reglamento de la ley 737 determina que el procedimiento de ejecución de la garantía señalada debe estar regulado por la ley y por el reglamento, no habla de circular administrativa, pero además no se establece en ninguna de las dos normas señaladas (ley 737 y su reglamento) la obligación de adjuntar *los documentos del procedimiento de ejecución de las mismas*, a la solicitud de reclamo que se dirige a la aseguradora (o al banco) por lo que cabe deducir que ese trámite administrativo expuesto en la parte in fine del punto sexto de la circular administrativa DGCE/UN/01-2013, podría ir más allá de lo regulado en la ley 737 y su reglamento, por lo que se podría estar cayendo en una clara contradicción, en una posible nulidad y en un claro problema de legalidad y rompimiento del principio de jerarquía de las fuentes del Derecho.

Como se ha podido apreciar, las aseguradoras, no tramitan el procedimiento de ejecución de las garantías, tampoco tienen competencia para poner en duda la legalidad del mismo, ni mucho menos la de la resolución administrativa que emitan las máximas autoridades contratantes al respecto, lo cual sólo puede hacerse siguiendo los recursos correspondientes por la *parte afectada*, es decir el contratista (art. 215 parte final del reglamento de la ley 737), por lo que no habría argumento legal, ni necesidad ni utilidad práctica jurídica, para adjuntar los documentos que integran el procedimiento de ejecución de la garantía a la solicitud de reclamo que se dirige a las aseguradoras.

Respecto a la parte final (en cursiva) del punto octavo de la circular el cual sostiene que: “Cuando la institución aseguradora emisora se niega a hacer efectiva la fianza a favor de la entidad u organismo contratante sin que medie justa causa, tal situación deberá ser notificada a la Superintendencia de Bancos y de otras instituciones (SIBOIF), *haciendo uso de los recursos administrativos pertinentes.*”; cabe señalar que las entidades aseguradoras no son entes públicos por lo que no podría interponerse un recurso administrativo en contra de las mismas, porque no pueden emitir actos administrativos, figura contra la cual sí cabe recurso administrativo. Al respecto, la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia es muy amplia, basta consultar las sentencias no. 147, 228, y 238, de las 9 am; de las 3: 30 pm; de la 1: 30 pm; del dieciséis de agosto; del treinta de octubre y del once de diciembre, todas del año 2000, respectivamente; también, la sentencia no. 61 del dos de julio del 2002, considerando III; y la sentencia no. 85 del 22 de agosto del 2002.

En lo que respecta al punto octavo de la circular en cuestión, el art. 92 de la Ley No. 733, de seguros, reaseguros y fianzas, publicada en Las Gacetas, Diario Oficial Nos. 162, 163 y 164 del 25, 26 y 27 de agosto del 2010, en sus partes conducentes señala que: “Los usuarios de los servicios referidos en la presente Ley podrán comparecer ante el Superintendente o ante la instancia administrativa correspondiente para interponer *quejas* en contra de las entidades prestadoras de los servicios regulados por la presente Ley”.

Como se podrá apreciar lo que establece la Ley 733 en su art. 92, es que en estos casos lo que cabe es una queja ante la Superintendencia de Bancos y de otras instituciones (SIBOIF) y no un recurso administrativo, como lo dice la circular en su punto octavo; recurso administrativo que podría caber posteriormente pero en contra de la resolución que emita la autoridad competente de la SIBOIF. Por otro lado, no sé, si no he realizado una adecuada lectura de la ley 737 y su reglamento, pero no he encontrado una regulación sobre la devolución de las garantías, por lo que podrían surgir varias interrogantes, ¿cuál sería el procedimiento a seguir para la devolución de las garantías?, ¿en qué momento se devolverían?.

Para contestar las preguntas anteriores la Dirección General de Contrataciones del Estado ha tenido que emitir el 11 de marzo del año 2014, la Circular administrativa DGCE/SP/01- 2014, titulada “Disposiciones técnicas sobre la devolución de garantías en los procesos de contratación” (<http://www.nicaragua-compra.gob.ni/normativa>), confirmando así el vacío detectado tanto en la ley

737 como en su reglamento. Ahora, el problema práctico en este punto podría radicar en la legalidad de dicha circular, debido a que el art. 66 de la ley 737 en su segundo párrafo, sostiene que es en su reglamento y no en una circular, que se determinarán las formalidades a observarse para la devolución de las garantías. Tomando en cuenta todos estos señalamientos sería recomendable que en base al art. 31 inciso 5 de la Ley 737 y el art. 87 inciso m, de su reglamento, se regule con mucho cuidado en los pliegos de bases y condiciones cualquier exigencia de la entidad adjudicadora relativa a *la institución emisora*, la índole, la forma, la cuantía y *otras cláusulas y condiciones importantes de la garantía* de la oferta que hayan de dar los proveedores o contratistas que presenten una oferta, así como a las garantías de ejecución del contrato adjudicado que haya de dar el proveedor o contratista que celebre el contrato adjudicado, tales como las garantías relativas a la mano de obra o los materiales; así como los plazos de entrega.

He tratado de realizar un breve y humilde análisis al sistema de garantías regulado tanto en la ley 737, en su reglamento como en las circulares administrativas señaladas, con una visión crítica, pero abierta a debate y con una finalidad propositiva, que nos lleve a repensar dicho sistema e incluso a mejorarlo mediante una posible reforma parcial al mismo, en pro de superar las contradicciones y los problemas prácticos planteados.

8. Los recursos administrativos en la ley 737 y su reglamento

Jesús González Pérez (2010) define a los recursos administrativos como: “Actos de impugnación de un acto administrativo anterior ante un órgano de éste carácter, que dan lugar a un procedimiento de revisión. Los recursos administrativos constituyen vías de revisión a instancia siempre de interesados, sujetas a plazos determinados”.

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, ha dejado asentado en innumerables sentencias que los recursos administrativos ordinarios son los medios legales de que disponen los particulares que han sido afectados en sus derechos o intereses por una autoridad administrativa a través de un acto de la misma naturaleza, para que la autoridad competente lleve a cabo la revisión del mismo, a fin de que lo revoque o lo anule de comprobarse su ilegalidad o su inoportunidad. (Sentencias Sala Constitucional Nos. 147, 228, y 238, dictadas a las nueve de la mañana; a las tres y treinta minutos de la tarde; y a la una y treinta minutos de la tarde; del dieciséis de agosto; del treinta de octubre y del once de diciembre, todas del año 2000, respectivamente).

Los recursos administrativos integran la llamada vía administrativa o gubernativa que Ramón Parada Vázquez (2000) define como la línea jerárquica existente entre los órganos administrativos de un mismo ente público. Así mismo, nos dice que constituye un procedimiento administrativo, el cual contiene recursos administrativos o reclamaciones previas a la vía jurisdiccional que tratan de abrir una vía de revisión de la actuación de la Administración Pública.

Recordemos que para recurrir a la vía judicial, es decir de amparo o a la contencioso administrativa, hay que agotar la vía administrativa previa, tal y como lo ha sostenido la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, en Sentencia No. 330, de la 1:45 p.m., del 29 de julio de 2009, en sus considerandos II y V, con las excepciones correspondientes, claro está.

En contrataciones administrativas existen también recursos administrativos, pero no son los típicos de revisión y apelación, sino que son tres recursos, el de aclaración, de impugnación y el de nulidad.

Al respecto, la ley 737 en su art. 110 sostiene que los recursos señalados deben ser interpuestos por los proveedores que demuestren un interés legítimo, mediante escrito presentado ante la autoridad competente y dentro de los plazos establecidos, señalando expresamente las infracciones precisas del acto recurrido. La admisión del recurso por la autoridad que corresponda tendrá efectos suspensivos.

En este punto, hay que tener cuidado porque se podría pensar que con la simple interposición del recurso ya aplican los efectos suspensivos, pero en realidad esto ocurre con el trámite de admisión, el problema es que en el recurso de aclaración, por ejemplo este trámite de admisión no aparece regulado, por lo que no en todos los recursos se podría hablar de efectos suspensivos.

Por otro lado, por razones de economía procesal y certidumbre jurídica, en el procedimiento administrativo de contratación, los oferentes que participen en la misma deberán formular oportunamente los recursos en las etapas que sean recurribles. El tránsito a la siguiente etapa del procedimiento de contratación, sin que hubiere sido formulado el recurso correspondiente, será tenido, por imperio de la ley, como renuncia de los oferentes participantes a todo reclamo originado por supuestos vicios incurridos en la etapa que precluye.

Según el art. 111 de la ley 737, durante el plazo para la evaluación de las ofertas el Comité de Evaluación deberá dar a conocer los resultados de la evaluación

a más tardar tres días antes del vencimiento del mismo, para que los oferentes participantes puedan solicitar las *aclaraciones* que consideren pertinentes en un plazo no mayor de dos días, las que deberán ser atendidas por el Comité en el acta de evaluación y recomendación de adjudicación que deberá notificarse a la máxima autoridad administrativa y a todos los oferentes participantes.

Al respecto, hay que señalar que en base al art. 43 de la ley 737, el plazo de evaluación es de siete días, por lo que el cuarto día se deberá dar a conocer los resultados de la evaluación, en un plazo de dos días, es decir el sexto día a más tardar, interpondrán el recurso de aclaración y al parecer tendría que resolverse en el día restante del plazo. En otras palabras, este recurso se interpondrá en dos días y se resolverá en uno, lo cual resulta llamativo, pero además hay una especie de contradicción con el art. 116 del reglamento de la ley 737, que en su parte *in fine* señala que una vez notificada (el acta de evaluación) los oferentes podrán interponer los recursos administrativos dispuestos en la ley 737, que sería el de aclaración. Lógicamente, primaría el procedimiento regulado en la ley.

Según el art. 112 de la ley 737, en los procedimientos de contratación por licitación pública, selectiva y concurso, los oferentes podrán *impugnar* la resolución de adjudicación y de aquella que la declara desierta, cuando el recurrente considere que se presentaron irregularidades en la etapa de evaluación de las ofertas o propuestas.

El recurso deberá interponerse ante la Procuraduría Nacional de Finanzas de la Procuraduría General de la República, según el Acuerdo ministerial No. 03 – 2011, publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 71, del 13 de abril del 2011, con copia a la máxima autoridad administrativa de la entidad contratante, dentro de los tres días hábiles, contados a partir de la notificación de la resolución. El art. 112 señalado, no hace referencia a la contratación menor, por lo que como se ha afirmado, no cabría impugnación. Luego, no se entiende la lógica o finalidad de interponer el recurso con copia a la máxima autoridad, si de todos modos en el procedimiento de tramitación y resolución del recurso se le emplazará.

Continuando con la tramitación del recurso de impugnación, al siguiente día hábil de interpuesto se solicitará el expediente de la contratación, teniendo la entidad contratante un día hábil para su remisión y una vez recibido éste, dentro de un plazo máximo de dos días hábiles determinará su admisibilidad. Declarado admisible el recurso se emplazará a las partes para que dentro de tres días hábiles de la última notificación comparezcan ante la Procuraduría a hacer uso de sus derechos.

El recurso será resuelto conforme las normas de los procedimientos de contratación y en base al contenido del expediente administrativo dentro de un plazo máximo de diez días hábiles, contados a partir del auto de emplazamiento, pronunciándose sobre los puntos objeto del recurso. Si dentro de este plazo, la Procuraduría Nacional de Finanzas de la Procuraduría General de la República (PGR) no resuelve la impugnación podrá el recurrente interponer el recurso de nulidad ante la Contraloría General de la República, es decir el silencio administrativo es negativo.

Me pregunto, ¿qué pasaría si la entidad contratante no remite el expediente a la PGR? Pero además ¿qué pasaría si lo envía, pero incompleto? Al parecer en este punto habría detalles prácticos que regular con mayor detenimiento, porque la norma jurídica dice que resolvería en base al contenido del expediente administrativo, pero esto generaría aún más interrogantes, ¿Es conveniente resolver o se puede resolver sin contar con todos los trámites administrativos?.

En caso que se declare sin lugar la impugnación o no haya sido resuelto dentro del plazo señalado, el oferente podrá recurrir de *nulidad* ante la Contraloría General de la República durante los diez días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que resuelva el recurso de impugnación.

El recurso por nulidad podrá ser interpuesto por cualquier oferente que participe en el procedimiento de contratación, indicando con precisión, la infracción sustancial del ordenamiento jurídico administrativo que se alega como fundamento de la nulidad.

Este recurso, deberá ser resuelto dentro de los veinte días hábiles siguientes a su interposición. Al respecto, cabe señalar que el art. 299 del reglamento de la ley 737 establece que el plazo de resolución podrá ampliarse en no más de 5 días hábiles, lo cual no aparece regulado en la ley 737, por lo que desde ya surgen dudas sobre la legalidad de llevar a cabo dicha ampliación.

Durante los primeros tres días hábiles del plazo de resolución, la Contraloría General de la República establecerá la admisibilidad del recurso. En caso de admitirse el trámite, se solicitará el expediente al órgano o entidad adquirente y se emplazará a las partes interesadas para que dentro de tres días hábiles expresen sus alegatos. La resolución emitida por la Contraloría General de la República, podrá decretar la nulidad total o parcial del procedimiento de la contratación, agotándose la vía administrativa.

La nulidad total implica volver a iniciar el procedimiento de contratación, mientras que la nulidad parcial implica que el organismo contratante evalúe nuevamente las ofertas debiendo continuarse con el procedimiento de contratación a partir del acto que está siendo declarado nulo.

En cuanto a la posibilidad de retrotraer el procedimiento, comparto la inquietud de Santos Barquero (2014) en cuanto a que podría quedar la inseguridad de si se podría o no volver a interponer los recursos administrativos correspondientes, iniciándose nuevamente el procedimiento de revisión.

Una vez agotada la vía administrativa, como se ha señalado, el recurrente podrá acceder a la vía judicial, es decir a la Jurisdicción contencioso – administrativo, la cual conocerá y resolverá los asuntos referentes a la preparación, adjudicación, cumplimiento, interpretación, validez, resolución y efectos de los contratos administrativos celebrados por la Administración Pública, especialmente cuando tuvieren por finalidad el interés público, la prestación de servicios públicos o la realización de obras públicas (art. 15 inciso 1 Ley No. 350, Ley de regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso – Administrativo, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 140 y 141 del 25 y 26 de Julio del 2000). Tampoco, podemos olvidar la posibilidad del recurso de amparo.

Cabe señalar que tanto con el recurso de impugnación como con el de nulidad el legislador ha optado por una especie de descentralización de la vía administrativa, es decir trasladar la tramitación y resolución de estos recursos administrativos a órganos que están ubicados fuera de la organización del ente contratante, lo cual podría imprimir mayor imparcialidad y seguridad jurídica.

La Procuraduría Nacional de Finanzas, está resolviendo los recursos de impugnación e incluso en pro de una sana transparencia administrativa, publica sus resoluciones administrativas en la web de la institución y mediante un link se pueden obtener desde www.nicaraguacompra.gob.ni, permitiendo el libre acceso a las mismas, las que lógicamente se irán convirtiendo en una especie de jurisprudencia administrativa de consulta obligatoria, de suma importancia para el control de las contrataciones administrativas.

Con el presente artículo de investigación se ha pretendido analizar los principales puntos que regula la ley 737, de contrataciones administrativas del Sector Público de Nicaragua y su reglamento, desde sus principios básicos, las materias que regula y las excluidas de la misma, los órganos que tramitan los distintos

procedimientos de compra, especialmente el de licitación pública y las compras menores, el sistema de garantías y los recursos administrativos.

Quedan pendientes para otra oportunidad otros aspectos por analizar, muchos de ellos muy novedosos, como el acuerdo marco, las compras corporativas, las contrataciones simplificadas, otros más tradicionales como los contratos en sí, las sanciones administrativas, que implicarían todo un nuevo trabajo de investigación.

9. Conclusiones

- Es innegable que la aprobación de la ley 737, de contrataciones administrativas del Sector Público de Nicaragua, junto con otros factores, ha contribuido a profundizar la modernización de las compras públicas nicaragüenses. Hoy, la regulación y utilización de medios electrónicos para la notificación de resoluciones administrativas, así como para la agilización de la gestión de los procedimientos de adquisición y la implementación de instrumentos electrónicos, como los pliegos de bases, los programas anuales de compra, son una realidad, que permiten celeridad, simplificación de trámites, superación de la burocracia y ahorro presupuestario, pero al mismo tiempo implican un verdadero reto hasta su perfecta concreción.
- La regulación de una serie de definiciones, al inicio tanto de la ley 737 como de su reglamento, permiten mayor claridad en la aplicación de dichas normativas, aunque como se ha dicho sería recomendable definir otros conceptos jurídicos que aún quedan con un carácter indefinido e incluso mejorar la definición de contrato administrativo, exponiendo la finalidad pública de los mismos. Así mismo, la ampliación y consolidación de la base que inspira a la misma, es decir los principios contractuales, es un hecho, aunque considero que se perdió la oportunidad en los mismos, de hacer referencia a la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (Tics) en las compras públicas, así como diferenciar términos que muchas veces se usan de forma similar, como son “proceso” y “procedimiento”.
- Por otro lado, no podemos negar el orden en las distintas etapas que integran los procedimientos de compras estatales, así como en los diferentes trámites que las conforman, hay claridad y transparencia en cómo realizar una adquisición, en la mayoría de los casos, al menos teóricamente hablando, ya que evaluar esta afirmación, con responsabilidad, desde el punto de vista práctico, implicaría un profundo trabajo de campo.

- También, debemos reconocer que la visión negativa de las contrataciones directas con exclusiones de procedimiento y la confusión que generaba al estar reguladas junto con las materias excluidas, al menos a nivel central, ha disminuido desde una perspectiva jurídica, al regularse como un procedimiento administrativo más, denominado contrataciones simplificadas y al haberse definido ciertos conceptos jurídicos indeterminados como el de urgencia o situación de emergencia, aunque hay que señalar que otros se mantienen aún sin definirse, como el de seguridad, orden, integridad, entre otros que podrían ocasionar que la excepción se convierta en regla general en ciertas entidades públicas.
- Resulta muy positivo la regulación y promoción que realiza esta normativa (ley 737 y su reglamento) en pro de la utilización de métodos alternos de resolución de controversias, como la conciliación, la mediación y el arbitraje, evitando así la larga travesía de la vía administrativa y judicial, para resolver los conflictos que puedan ocurrir entre el contratante y el contratista.
- Junto a estas conclusiones positivas, no se puede dejar de expresar una profunda preocupación por una serie de posibles problemas técnicos que presenta la nueva ley 737 y sobre todo su reglamento, así como frecuentes contradicciones entre ambos cuerpos normativos que se han señalado en el presente trabajo de investigación, especialmente en materia de garantías y trámites específicos, que tal y como se ha dicho, sólo se podrían superar aplicando únicamente lo expuesto en la ley por su carácter jerárquicamente superior o incluso mediante una posible reforma parcial ya sea de la ley 737 o de su reglamento, o de ambas normativas.
- La regulación sobre la aplicación de la ley 737 y su reglamento en las empresas del Estado, podría ocasionar cierta confusión, posiblemente debido a la redacción del numeral 6 del art. 3 de la ley 737, el cual podría regularse con mayor claridad y sencillez, para determinar cuándo es aplicable dicha normativa en las adquisiciones de este tipo de empresas.
- Se ha señalado, que de la redacción del inciso 1 del art. 6 de la ley 737, pareciera deducirse una posible función de la Dirección General de Contrataciones del Estado, que le permitiese tener iniciativa de ley, lo que jurídica y técnicamente sería incorrecto y debería ser corregido.
- Se ha detectado una posible contradicción entre los artículos 34 inciso h, y el art. 22 del reglamento de la ley 737, en cuanto al órgano competente para constatar y certificar el régimen de prohibiciones, pareciera que existe una duplicidad en cuanto a esta competencia entre el Área de adquisiciones y el Comité de evaluación, o posiblemente es que ambos órganos pueden llevarlo a cabo pero en momentos distintos del procedimiento, por lo que no queda más que recomendar mayor precisión en la regulación jurídica

señalada, con la finalidad de determinar adecuadamente la competencia y el momento de ejecución de la misma.

- Se puede afirmar que el reglamento de la ley 737 podría estar presentando un vacío en cuanto a la proyección del programa anual de contrataciones (pre PAC), ya que dentro de la Ley existe un procedimiento para publicar la proyección inicial del PAC antes de la aprobación del presupuesto mientras que en el reglamento no se abordó este tema. Así mismo, se han detectado problemas en la fecha de publicación del PAC según lo regulado en el art. 58 del reglamento de la ley 737. Estos son aspectos concretos que podrían servir de insumo para esa reforma parcial a dichas normativas que estoy proponiendo.
- Se ha encontrado que en el tercer párrafo del art. 21 de la ley 737, se establece que los diseños se hacen públicos, pero en el art. 89 del reglamento de dicha ley, se dice lo contrario, ocasionándose una posible contradicción. Espero equivocarme al respecto, y que se trate nuevamente de trámites en etapas distintas del procedimiento, lo cual, repito, podría ameritar una mejor redacción técnica al respecto que permitiese aclarar si los mismos deben o no publicarse y en qué momento del procedimiento.
- El sistema de garantías en general, podría no haber sido regulado de la forma más adecuada e incluso podría haber perdido su sentido y la naturaleza jurídica de esta figura, por una serie de problemas prácticos que contienen, por ejemplo, la falta de ejecución de la garantía de seriedad de la oferta de índole pecuniaria, la devolución del monto ejecutado de la garantía de cumplimiento, la ausencia de una regulación reglamentaria para la devolución de las mismas, tal y como lo estipula ley 737, entre otros aspectos, que hacen promover una reforma parcial de este sistema, en pro de regular adecuadamente dichos puntos, para lo cual se podrían tomar como referencia algunas recomendaciones y aportes que se han planteado en este trabajo de investigación.
- En el ejercicio de la potestad de resolución y rescisión del contrato regulada en el inciso 3 y 4 del art. 71 de la ley 737, se señalan ciertas causales, que luego no aparecen o contradicen las estipuladas en el art. 241 y 242 del reglamento de la misma ley, en los cuales se encuentra regulado el procedimiento para ejecutar dicha potestad, lo cual podría generar un problema práctico, el cual se podría solucionar con una mejor redacción técnica, pero sobre todo unificando las causales para el ejercicio de dichas prerrogativas.
- El procedimiento de contrataciones menores no está regulado en la ley 737 sino en su reglamento, pero es evidente que se mantienen posibles problemas de contradicción entre ambas normativas, sobre todo como he dicho en materia de garantías (de cumplimiento) y en el ejercicio de competen-

cias entre el Comité Técnico de Contrataciones y el Área de adquisiciones, aspectos que se resuelven aplicando lo regulado en la ley 737 y no el reglamento, en base al principio de jerarquía de las normas, sin dejar de proponer una reforma al art. 8 y al 210 del reglamento en cuestión, con la finalidad de dejar claro que en las compras menores no cabría solicitar garantía de cumplimiento, y que la división de montos para otorgar la competencia para evaluar, calificar y recomendar las ofertas a los órganos señalados, realizada en el reglamento, no aparece de forma previa en la ley 737.

- Con la normativa de compras públicas de nuestro país, se está promoviendo, al menos teóricamente, la participación de las micros, pequeñas y medianas empresas (Mypimes), mediante la regulación de procedimientos de compras menores. La concreción de este punto es fundamental para el desarrollo económico del país, pero no con un abuso de incentivos y beneficios que puedan transgredir el principio de igualdad y de libre competencia, como al parecer sucede con la aplicación del art. 135 del reglamento de la ley 737, sino mediante mecanismos que fomenten el mejoramiento en la calidad de las ofertas que puedan presentar los integrantes de este sector tan importante de nuestra economía.
- Al entrar en vigencia la ley 737 y su reglamento, fue evidente la ausencia de regulación de recursos administrativos en la contratación menor. Al respecto, se ha tratado de dejar claro que en este tipo de procedimiento no procede el recurso de impugnación, tal y como lo ha sostenido de forma muy acertada, la Procuraduría General de la República (PGR), lógicamente esto origina dudas en cuanto a la procedencia del recurso de nulidad, lo que nos dejaría como única opción el recurso de aclaración contra el documento de evaluación, si es que el oferente lo solicito, en base al art. 38 del reglamento de la ley 737, sin olvidar que podría caber la vía judicial, al estar frente a una vía administrativa no estipulada por ley, o al agotarse mediante el recurso de aclaración. Así mismo, se ha dejado planteada la interrogante de si cabe o no objetar las especificaciones técnicas, utilizando la supletoriedad del art. 84 del reglamento de la ley 737 y con esto la regulación del mismo que lleva a cabo el art. 34 de dicha ley. No queda más que dejar este punto abierto al debate técnico.
- Con estas conclusiones se confirma que la ley 737 y su reglamento han aportado una serie de elementos positivos a la regulación de las contrataciones administrativas en nuestro país, pero también podrían poseer una fuerte cantidad de problemas técnicos, e incluso profundas contradicciones, que

han podido ocasionar y podrían seguir ocasionando, dificultades en su aplicación práctica, que desde ya justifican la propuesta de una reforma al menos parcial de ambas normativas, en pro de la adecuada implementación del sistema de compras públicas, convirtiéndose este artículo de investigación en una humilde contribución a dicha finalidad.

Referencias bibliográficas

- Acuerdo ministerial No. 03 – 2011, “Normativa para la resolución de recursos de impugnación establecidos en la Ley No. 737, Ley de contrataciones administrativas del Sector Público”, emitido por la Procuraduría General de la República, publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 71, del 13 de abril del 2011.
- Arrien Somarriba, J. B. (2012). La aplicación de los principios de publicidad y transparencia en las contrataciones públicas. *Revista de Transparencia y probidad* (2) pp. 6 – 10, Managua, Nicaragua.
- Barquero Sánchez, S. J (2014). Recurso de nulidad regulado por la ley 737 de contrataciones administrativas del Sector Público y su reglamento: ¿manifestación real del principio del debido proceso? Paper no publicado para optar al título de Máster en Derecho de Empresa. Universidad Centroamericana, UCA: Managua, Nicaragua.
- Circular Administrativa DGCE/UN/01 - 2013, “Lineamientos técnicos sobre la solicitud, aceptación y ejecución de finanzas o garantías en los procesos de contratación”, emitida por la Dirección General de Contrataciones del Estado (DGCE), el 27 de mayo del 2013, (www.nicaraguacompra.gob.ni)
- Circular administrativa DGCE/SP/01- 2014, titulada “Disposiciones técnicas sobre la devolución de garantías en los procesos de contratación”, emitida por la Dirección General de Contrataciones del Estado, el 11 de marzo del 2014, (<http://www.nicaraguacompra.gob.ni/normativa>)
- Decreto Ejecutivo No. 75 – 2010, Reglamento a la Ley No. 737, Ley de contrataciones administrativas del Sector Público, publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 239 y 240, del 15 y 16 de diciembre del 2010.
- Decreto No. 22 – 2013, reformas y adiciones al Decreto No. 75 – 2010, Reglamento de la Ley No. 737, Ley de contrataciones administrativas del Sector Público, publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 119, del 27 de junio del año 2013.
- Fernández Astudillo, F. (2002). *Contratación administrativa*. Barcelona, España: Editorial Bosch.
- Flores Quintana, T. (2013) *Análisis jurídico de la licitación pública y la compra menor en la Ley 737, ley de contrataciones administrativas del Sector Público y su reglamento*, Paper no publicado para optar al título de Máster en Derecho de Empresa. Universidad Centroamericana, UCA: Managua, Nicaragua.

- Gallego Córcoles, I. (2005). Contratación pública electrónica. En INAP (coord.) *Administraciones Públicas y nuevas tecnologías*. Capítulo VI, pp. 223 a 271. Madrid, España, Editorial Lex Nova.
- González Pérez, J. (1999). *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Madrid, España: Editorial Civitas.
- Leiva Matamoros, J. G. (2012) *Análisis jurídico del sistema de garantías y su aplicación práctica según la Ley No. 737 y su Reglamento*. Paper no publicado para optar al título de Máster en Derecho de Empresa. Universidad Centroamericana, UCA: Managua, Nicaragua.
- Ley No. 350, Ley de regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso – Administrativo, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 140 y 141 del 25 y 26 de julio del 2000.
- Ley No. 561, Ley general de bancos, instituciones financieras no bancarias y grupos financieros publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 232 del 30 de Noviembre del 2005.
- Ley No. 733, de seguros, reaseguros y fianzas, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 162, 163 y 164 del 25, 26 y 27 de agosto del 2010.
- Ley No. 737, de contrataciones administrativas del Sector Público, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 213 y 214 del 8 y 9 de noviembre del 2010.
- Moreno Molina, J. A (2008) *La nueva Ley de contratos del Sector Público*. Madrid, España. Editorial LA LEY.
- Navarro, K.; Rodríguez Arana, J.; Moreno Molina, J. A. & Jinesta Lobo, E. (2011) *Derecho Internacional de las contrataciones administrativas*. San José, Costa Rica: Ediciones Guayacán.
- Palomar Olmedo, A. (2006) La contratación administrativa utilizando medios electrónicos y telemáticos. En *Documentación administrativa* (274 – 275), Madrid, España.
- Pastora, R. (2011) *Aciertos y desaciertos de la Ley 737, de contrataciones administrativas del Sector Público*. Paper no publicado para optar al título de Máster en Derecho de Empresa. Universidad Centroamericana, UCA: Managua, Nicaragua.
- Resolución de la Procuraduría General de la República (PGR) No. 40 – 2011, de las ocho y treinta minutos de la mañana, del 1 de diciembre del año dos mil once.
- Sentencia CSJ No. 228, Sala Constitucional, de las 3: 30 pm del día 30 de octubre del 2000.
- Sentencia CSJ No. 238, Sala Constitucional, de las 1: 30 pm, del día 11 de diciembre del 2000.
- Sentencia CSJ No. 61, Sala Constitucional, de las 8: 30 am, del día dos de julio del 2002.
- Sentencia CSJ No. 85, Sala Constitucional, de las 1: 30 pm, del día 22 de agosto del 2002.

- Sentencia CSJ No. 330, Sala Constitucional, de la 1:45 p.m., del día 29 de julio de 2009.
- Valle, D.; Arrién, J. B. & Navarro, K. (2011) *Compendio normativo de contrataciones administrativas*, 2da edición. Managua, Nicaragua: Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Centroamericana, UCA.
- Valle, Dayra (2012). *El acceso y disponibilidad de la información sobre contrataciones del Sector Público*. Managua, Nicaragua: Instituto de Estudios Estratégicos y Políticas Públicas (IEEPP).
- Vázquez Parada, R. (2000). *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común* (2da. ed.). Madrid, España: Editorial Marcial Pons.
- Zack, P. (2012) *El principio de transparencia en la Administración Pública*. Recuperado el 18 de junio del 2012 de <http://www.zak-icg.com/admin/material/archdes-tacado2.pdf>.